

Санкт-Петербургский государственный университет

Кафедра теории и истории государства и права

**Правовой обычай в правовых системах Востока, Запада и России:**

**вопросы теории и практики**

Выпускная квалификационная  
работа  
студента 2 курса магистратуры  
19.M01-ю группы, обучающегося  
по программе «Юрист в сфере  
нормотворческой деятельности»  
очной формы обучения  
Кузнецова Николай Андреевича

Научный руководитель:  
профессор кафедры теории и  
истории государства и права,  
доктор юридических наук  
Тимошина Елена Владимировна

Санкт-Петербург  
2021 год

## Содержание

Введение.....	3
Глава первая. Обычай в правовых системах Востока.....	13
§ 1. Обычай в мусульманском праве.....	13
1.1. Общие замечания.....	13
1.2. Сунна.....	18
1.3. Обычай и фикх .....	27
1.4. Обычай, практика и правовая политика (сияса).....	40
1.5. Вывод .....	45
§ 2. Обычай в дальневосточной правовой семье.....	45
2.1. Доктринальные положения.....	45
2.2. Обычай в контексте практики.....	58
2.3. Вывод.....	62
Глава вторая. Обычай в правовых системах Запада .....	63
§ 1. Обычай в англосаксонском праве .....	63
§ 2. Обычай в романо-германской правовой семье.....	71
2.1. Доктринальные положения .....	71
2.2. Обычай в контексте практики.....	84
2.3. Вывод.....	86
Глава 3. Обычай в правовой системе России.....	87
§ 1. Доктринальные положения.....	87
§ 2. Обычай в контексте практики.....	97
Заключение.....	103
Приложение 1. Иерархия доводов фикха (далиль) в разных мазхабах (с точки зрения муджтахидов) .....	106
Приложение 2. Общие принципы фикха, касающиеся обычая, включённые в Маджалу.....	107
Список использованной литературы.....	109

## Введение

*Актуальность исследования.* Настоящая работа посвящена изучению правового обычая (обычая) как особого источника права, по своему происхождению и иным характеристикам коренным образом отличающегося от иных источников права (закона, правового прецедента, правовой доктрины, договора нормативного характера). Из всех источников права обычай, образующийся стихийно, теснее всего связан с обществом и народом, что неизбежно накладывает отпечаток на его роль в регулировании общественных отношений, на эффективность и результативность этого регулирования.

Бесспорно, что, по крайней мере, в древности и средневековье обычай играл высокую роль во всех правовых семьях. Однако на протяжении последних двух-трёх сотен лет в российском и западном правоведении отношение к роли и статусу обычая в современных правовых системах неоднозначно. Так, одни исследователи периодически пытаются обосновать высокую роль обычая как источника права и на современном этапе, а другие, напротив, утверждают, что обычай хотя и не исчезает, но заметно уступает своё место нормативно-правовым актам, или вовсе рассматривают его как факт. Если заглянуть в современные российские учебники, посвящённые отраслям российского права, то можно обнаружить, что обычай в них либо более или менее коротко обсуждается в главах об источниках права, чтобы далее по тексту больше уже не упоминаться, либо вовсе не рассматривается (иногда – с краткой оговоркой, что для данной отрасли права проблема обычаев не актуальна, как в случае с правом социального обеспечения). Да и отраслевые правоведческие исследования чаще всего исходят из изучения нормативных правовых актов и не обсуждают вопросы функционирования обычаев в конкретных исследуемых сферах (в лучшем случае, изучается правоприменительная или иная практика). Справедливости ради необходимо отметить, что счастливым исключением являются труды по гражданскому праву, но и здесь чаще всего обычай как источник права рассматривается в специальных работах, посвящённых обычаю.

В российской судебной практике, включая практику высших судов, можно заметить следующую тенденцию. Судьи предпочитают ссылаться на нормативные правовые акты, а если говорят о практике, то редко уточняют, является ли упомянутая ими практика обычаем или иной практикой, не являющейся общеобязательной. Представляется, что к теме настоящей работы относятся и проблемы применения принципов права и оценочных норм: суды не всегда в решениях чётко разъясняют своё понимание принципов права и норм, отсылающих к таким оценочным понятиям, как безнравственное поведение, садистское обращение с животными и пр.

Соглашаясь, что необходимо рассматривать правовые идеи и явления, не сужая их до понимания, кажущегося господствующим (что в нашем контексте означает отказ от западоцентризма), отмечу, что дело здесь не в существовании некоего общего правового поля<sup>1</sup>, а в возможности более качественной экспликации наших же понятий. Поэтому совместное рассмотрение как российских и западных, так и восточных теорий и практики обычая может помочь лучше уяснить, что такое обычай как источник права, каковы его признаки, какова его роль.

Представляется, что немалая часть проблем теории об обычае связана с тем, что обычай чаще всего рассматривается постольку, поскольку он в тех или иных случаях эксплицируется (обнаруживается явно) как обычай. Если же определённые отношения урегулированы, например, законом, то в большинстве случаев исследователи не рассматривают, поддерживается ли конкретный закон обычаем, стоит ли за нормой закона норма обычая. Также не всегда обсуждается вопрос о том, связано ли то или иное толкование закона или иного рационального источника права с обычаем, особенно когда то или иное толкование является утвердившимся в правоприменительной практике (хотя и есть отдельные работы о так называемых правоприменительных обычаях).

Приведённый список проблем избранной области исследования не является исчерпывающим, но он уже способен показать необходимость всестороннего

---

<sup>1</sup> Сравнительное правоведение: учеб. пособие. СПб., 2017. С. 5, 7.

изучения обычая с чёткой направленностью – изучать его именно как источник права, а не как факт. Такое всестороннее изучение невозможно без рассмотрения на равных началах и – что важно – обобщения в рамках одной работы теоретических подходов к обычаю как к источнику права в правовых системах Востока, Запада и России, а также уточнения этих подходов на основе практики.

*Цель исследования:* на основе доступных автору источников на русском и английском языках (нормативные источники, правоведческие, социологические и другие научные книги и статьи, философские трактаты и другие материалы) выяснить представления об обычае, его восприятие и роль в правовых системах, а также обобщить достижения восточных, западных и российских подходов к обычаю.

*Задачи исследования:*

1. Выявить, с какими понятиями, признаками, свойствами связан обычай с точки зрения представителей правовых систем Востока, Запада и России, какие существуют классификации;
2. Определить, с чем в разных правовых культурах связывается обязательность норм обычая;
3. Выяснить, каково восприятие обычая в разных правовых культурах;
4. Рассмотреть проблему имплицитного (опосредованного другими источниками права и методами толкования) применения обычая.

*Степень разработанности.* Первый всплеск интереса к обычно-правовой проблематике возник в российской науке во второй половине XIX века (хотя и до этого были некоторые исследования правовых обычаев как источника права, но чаще в рамках общих трудов в качестве одного из их разделов, например, у Д.И. Мейера). Этот всплеск интереса к обычному праву был вызван, в основном, двумя факторами: окончательным покорением Российской Империей Северного Кавказа и крестьянской и судебной реформами. Появилось немало трудов, исследовавших, в основном, обычаи народов России (в частности, кавказских горцев) и крестьянские обычаи, эти исследования имели нередко социолого-описательный характер (труды П.С. Ефименко, Н.В. Калачова, М.М.

Ковалевского, Ф.И. Леонтовича, С.В. Пахмана, Е.И. Якушкина и др.), но, с другой стороны, встречались и общетеоретические изыскания, отличавшиеся определённой глубиной, причём как в качестве отдельных разделов учебников (нередко довольно больших), так и в рамках специальных трудов, причём обычаи изучались как теми, кто занимался специально или преимущественно обычным правом, так и теми, кто обращался к этой тематике в отдельных работах: Л.С. Белогриц-Котляревский, Ю.С. Гамбаров, Д.А. Дриль, Н.М. Коркунов, А.А. Леонтьев, Л.И. Петражицкий, В.И. Сергеевич, Е.Н. Трубецкой, Г.Ф. Шершеневич и многие другие. Также переводились иностранные работы, посвящённые полностью или частично обычаям (Г. Мэйн, Г. Ф. Пухта и др.).

В советской науке обычаи изучались, чаще всего, антропологами, социологами, этнографами, историками, применявшими соответствующие неюридические методы, т.е. обычаи рассматривались как часть культуры, тенденций общественного развития или истории. Из крупных учёных того периода, пытавшихся сделать серьёзные теоретические обобщения относительно обычаев, можно выделить А.И. Першица. Продолжалось изучение обычаев и в кавказоведении (М.О. Косвен, С.Ш. Гаджиева и др.). Советское правоведение уделяло обычаю очень мало внимания, считая его исчезающим или вовсе исчезнувшим «пережитком» (С.Л. Зивс, А.Ф. Шебанов); но при этом существовали и более нейтральные исследования, посвящённые обычаю в социалистическом обществе или в зарубежных странах (Я.М. Магазинер, С.А. Голунский, Е.В. Колесников).

В постсоветский период возрос интерес к обычаю в правоведении, причём обычаи исследуются как юристами, так и социологами, антропологами, историками, этнографами в правовом преломлении. При этом, конечно, учёные, не являющиеся юристами, склонны использовать в большей мере методы своих наук, не сосредоточиваясь на обычае как на источнике права. Юристы, исследующие обычаи, либо воспринимают методы неюридических наук, либо рассматривают обычай в свете законодательства, либо применяют собственно юридические методы в сочетании с неюридическими. В частности, пишутся

учебники и монографии по социологии и антропологии права. К современным учёным, изучающим обычаи, можно отнести таких, как: К.А. Алимжан, В.Б. Безгин, В.В. Бочаров, А.А. Васильев, Ю.И. Гревцов, Р.-М.З. Зумбулидзе, А.И. Ковлер, А. А. Краевский, И.Б. Ломакина, Г.И. Муромцев, О.А. Плоцкая, А.В. Поляков, А.И. Поротиков, М.А. Супатаев, Е. В. Тимошина, И.Л. Честнов, Т.В. Шатковская и др. Также переиздаются и переводятся работы, так или иначе затрагивающие обычаи (П. Бергер и Т. Лукман, М. Вебер, А.С. Добров, Ж. Карбонье, Г. Кельзен, Н. Рулан, Ф. К. фон Савиньи, О. Эрлих, труды дореволюционных учёных и др.).

Нужно отметить, что чаще всего в исследованиях правового обычая и обычного права обобщающего, общетеоретического характера больше внимания обращается на российскую и западную правовую теорию, хотя есть некоторые обобщающие работы, пытающиеся интегрировать знания об обычаях, полученные отечественной и западной наукой, с достижениями востоковедения (например, Г.И. Муромцев, В.К. Самигуллин, М.А. Супатаев, Д.Ю. Шапсугов); есть также книги по сравнительному правоведению, которые, в силу своей направленности, не обобщают знания об обычаях, а лишь показывают место и роль обычая в разных правовых семьях (Р. Давид, В.И. Лафитский, А.Х. Саидов и др.).

Среди востоковедных исследований, затрагивающих обычаи, нужно отметить следующих авторов: Х.О. Аушев, Р.И. Беккин, Л.С. Васильев, М.В. Кича, А.Ю. Коровкина, Е.И. Кычанов, Л.С. Переломов, Л.Р. Сюкияйнен, П.В. Трощинский, В. Халляк, Ю. Шахт и др. Но, чаще всего, востоковедческие исследования либо не рассматривают обычаи с юридической точки зрения, смешивая с такими смежными понятиями, как традиция, либо затрагивают их фрагментарно. Правда, можно выделить немногочисленные работы, специально посвящённые обычному праву на Востоке в его соотношении с официальным правом и отражении в теориях, но эти работы, в основном, пишутся на западных языках (А. Лайиш, А. Шабана), хотя есть и отечественные исследователи (М.Н. Суворов, В.О. Бобровников). Многие исследования обобщающего или необобщающего характера остаются непереведёнными с восточных языков, что

не позволяет использовать их учёным, не знающим эти языки и не являющимися востоковедами. Такие труды могут использовать востоковеды, но они, как было отмечено, либо уделяют немного внимания обычаю, либо рассматривают его как часть культуры.

Таким образом, в правоведении ещё остаются пробелы по изучению обычаев, которые необходимо восполнять, привлекая как собственно правоведческие, так и другие исследования, включая востоковедческие. Причём, в силу малоизученности некоторых аспектов обычно-правовой проблематики и недоступности трудов на восточных языках, в ряде случаев возникает необходимость реконструировать сведения о теоретических подходах к обычаю (особенно остро этот вопрос встаёт в случае изучения шиитской юриспруденции).

Учитывая названные пробелы, настоящая работа делает особый акцент на экспликации восточных теорий обычая. Вместе с тем, затрагиваются (хотя и более сжато) западные и российские теории, поскольку без этого невозможно сделать никаких сравнений и обобщений, желательных для лучшего понимания обычая как источника права.

*Объект исследования:* общественные отношения, складывающиеся в связи с проблематикой обычая в правовых системах Востока, Запада и России.

*Предмет исследования.* В работе изучаются место и роль обычая в теории и практике правовых систем Востока, Запада и России.

В работе использованы общенаучные методы анализа, синтеза, классификации, а также методы формально-юридический и сравнительно-правовой.

*Теоретическая значимость.* Настоящее исследование позволит расширить представления об обычно-правовой теории, а вместе с этим – и представлении об обычае, его возможных классификациях, роли в разных правовых семьях, о его месте среди источников права. Данное исследование, проведённое по пути от рассмотрения отдельных обычно-правовых теорий и практик в разных правовых семьях к обобщению рассмотренных подходов, может стать началом обобщающих исследований и научных разработок, а также более эффективных



исследований (в том числе, отраслевых) отдельных проблем права, которые могли бы активнее привлекать в поле своего зрения разработки обычно-правовой теории. Углублённое изучение обычая важно и для раскрытия таких фундаментальных проблем, как, например, проблема правопонимания.

*Практическая значимость.* Результаты настоящего исследования возможно использовать в целях совершенствования российской правоприменительной практики, а также правотворческих подходов в контексте регулирования не только правового статуса коренных малочисленных народов, но и общественных отношений всех граждан Российской Федерации.

*Положения, выносимые на защиту:*

1. Исламская юриспруденция высоко ценит устное слово, доверяя ему больше, чем письменному, и считает, что исторически непрерывная и широкомасштабная передача информации обладает бесспорной убеждающей силой. Поэтому исламскому праву присуща устремлённость закрепить обычно-правовым путём (а именно путём устной передачи) свои основополагающие правила, находящиеся в текстах Корана и сунны. Сунна представляет собой обычай, основание общеобязательности которого заключается в непосредственной связи с поступками или словами Мухаммада. Исламская юриспруденция рассматривает обычай как нейтральное понятие, но при этом его обязательность должна оправдываться либо через предполагаемую передачу среди людей истинного знания, либо через допущение данного обычая Аллахом. Согласно Фикху к обычаям могут быть отнесены лингвистические конвенции.

2. В дальневосточной правовой семье основанием общеобязательности обычая выступает либо связь с авторитетными лицами, либо его создание социумом стихийным путём. Обычай может выступать в форме как чрезвычайно детализированных норм, так и в виде лингвистической конвенции, которой придаётся большое регуляторное значение, или духа постановлений древних царей. При этом бесспорным доверием пользуется старообразный обычай, воспринимаемый как социальный регулятор, воплощающий справедливость.

3. Семья общего права, не отрицая роли социума в самостоятельном создании и наделении обычая общеобязательной силой, формализует признак срока его существования через привязку к 1189 году, но эта формализация касается только местных обычаев. Право справедливости в англосаксонском праве может считаться воплощением духа или общего разума обычаев Англии с учётом того, что в создании права справедливости определённую роль сыграли нормы римского и канонического права.

4. В романо-германской правовой семье на теорию обычая оказало влияние римское право, что и обусловило тот набор признаков и свойств обычая, который традиционно обсуждается в романо-германской правовой доктрине. Отношение к обычаю в романо-германской правовой семье неоднозначно, но, в целом, большим доверием пользуются обычаи, считающиеся общими и старообразными. Общеобязательность обычая в романо-германской правовой семье связывается либо с санкцией государства, либо с убеждением социальной группы в его общеобязательности.

5. На теорию обычая в России большое влияние оказала романо-германская правовая доктрина, что не воспрепятствовало появлению самобытных и оригинальных подходов к обычаю. На данный момент главной проблемой восприятия обычая наукой и правоприменением остаётся рассмотрение обычая сквозь призму законодательства.

6. Таким образом, общим местом в подходах к обычаю во всех культурах является представление о его общеобязательности, происхождении в результате деятельности людей, изменчивости, направленности на регулирование общественных отношений, а также восприятие как более авторитетных старообразных обычаев. Основание общеобязательности обычая может связываться как с социальными процессами, так и с деятельностью конкретных лиц. Старообразные обычаи могут отражать понимание справедливости и духа права, быть критерием выявления индивидуального или общественного блага, а также быть не только конкретными, но и становиться принципами права. Ориентация на обычай повышает эффективность правового регулирования.

*Апробация результатов исследования.* Выпускная квалификационная работа подготовлена на кафедре теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета. Её результаты прошли апробацию в следующих формах:

1. Выступления с докладами на научных конференциях:

1.1. Международная научно-практическая конференция «Правотворчество как индикатор эволюции правовых ценностей: внутригосударственное, наднациональное и международное измерения». СПб., 23–24 ноября 2018 г. (тема доклада – «Обычай *contra legem*: сущность, классификация, взаимодействие с иными источниками права»);

1.2. Межвузовская научная конференция студентов и молодых учёных «Роль личности в развитии государства, права и политико-правовых учений: история и современность». СПб., 2020 г. (тема доклада «Роль личности в формировании обычая на примере истории развития сунны»);

1.3. Всероссийская научная студенческая конференция «СЕРОВСКИЕ ЧТЕНИЯ», посвящённая памяти выдающегося учёного Дмитрия Олеговича Серова (1963–2019). Новосибирск, 30 октября 2020 г. (тема доклада – «Волостные и инородческие суды Российской Империи в контексте проблемы единства правовой системы»);

1.4. Международная научная конференция студентов, магистрантов и аспирантов «I осенние чтения «Молодёжь и право». Минск, 19 ноября 2020 г. (тема доклада – «О правовом регулировании процессов познания права»).

2. Публикации в научных периодических изданиях и сборниках научных конференций:

2.1. Волостные и инородческие суды Российской Империи в контексте проблемы единства правовой системы / Н. А. Кузнецов // Серовские чтения: сб. науч. тр. Всерос. науч. конф., посвящённой памяти выдающегося учёного Дмитрия Олеговича Серова (1963–2019 гг.) / отв. ред. Д. А. Савченко, М. С. Саламатова, Д. С. Васильев; Новосиб. гос. ун-т экономики и упр. – Новосибирск, 2021. – С. 149–157.

2.2. Обычай *contra legem*: сущность, классификация, взаимодействие с иными источниками права / Н. А. Кузнецов // Правотворчество в междунар.,

наднац. и внутригос. измерениях: сб. науч. ст. по матер. работы секции «Проблемы правотворчества в исслед. молодых учёных» Междунар. науч.-практ. конф. «Правотворчество как индикатор эволюции правовых ценностей: внутригос., наднац. и междунар. измерения» / под. ред. И. Л. Честнова; РГПУ им. А.И. Герцена. – СПб.: Астерион, 2018. – С. 58–74.

2.3. Проблемы действительности обычая в свете его инкорпорирования в иные источники права / Н. А. Кузнецов // Vox Juris. «Глас Права». – 2021. – Вып. 1. – С. 275–281.

2.4. Традиция в зеркале права / Н. А. Кузнецов // Российско-азиатский правовой журнал. – 2019. – № 3. – С. 33–45.

3. Участие в гранте РФФИ "Действительность и действенность права: теоретические модели и стратегии судебной аргументации" (руководитель - Е. В. Тимошина).

4. Курсовые работы на темы:

4.1. «Правовой обычай *contra legem*». СПб., 2018;

4.2. «Обычай в контексте форм и способов его рационализации». СПб., 2019;

4.3. «Теория и практика обычая в правовых системах Востока». СПб., 2020.

5. Выступления с докладами на семинарах, а также выступление на студенческом научном кружке ЮФ СПбГУ Теория государства и права с докладом на тему «Теория толкования в мусульманском праве» (2 декабря 2019 г.).

*Структура работы.* Настоящая работа состоит из введения, трёх глав, объединяющих шесть параграфов, заключения, двух приложений и списка использованной литературы. В первой главе, разбитой на два параграфа, рассматривается обычай в мусульманской и дальневосточной правовых семьях, соответственно. Во второй главе рассматриваются англо-американская и романо-германская правовые семьи (2 параграфа). Третья глава посвящена изучению обычая в России и состоит из двух параграфов. Приложение 1 представляет собой таблицу, отражающую иерархию юридических доводов («источников права») в фикхе. Приложение 2 включает общие принципы фикха, инкорпорированные в Маджалу (гражданский кодекс Османской Империи 1876 г.), касающиеся обычая.

## Глава первая

### Обычай в правовых системах Востока

#### § 1. Обычай в мусульманском праве

##### 1.1. Общие замечания

Есть разные подходы к понятиям «шариат», «фикх», «исламское право», «мусульманское право», и для чёткости изложения темы целесообразно сначала определить их соотношение.

Шариат лингвистически обозначает «прямой, правильный путь», что образно раскрывается через его определение как пути, начертанного Аллахом; он делится на акиду (догматику), ахлак (этику) и фикх (право). Фикх переводится как «знание», «глубокое понимание»<sup>2</sup>. Существует два основных подхода к соотношению шариата и фикха. Согласно первому, шариат представляет собой систему предписаний и догм, полученных от Аллаха и Мухаммада и выраженных в Коране и сунне, а фикх – это правовые нормы, выведенные исламскими учёными (факихами) на основании текстов шариата<sup>3</sup>. Сторонники второго подхода считают, что шариат и фикх совпадают не только в случае норм, конкретизированных в основополагающих текстах, но и тогда, когда эти тексты предусматривают общие положения, остающиеся неизменными, а факихи формулируют конкретные нормы, обладающие изменчивостью<sup>4</sup>. Приведённые позиции различаются, но между ними нет противоречия, поэтому остаётся лишь немного уточнить соотношение этих понятий.

Во-первых, исследователи единодушны в том, что основу шариата составляют тексты, чьё происхождение прямо связывается с Аллахом и деятельностью Мухаммада: Коран и сунна. Во-вторых, обращение к лингвистическим значениям исследуемых понятий показывает, что слово «шариат» отсылает к чему-то объективному, существующему независимо от людей, а «фикх» – к познавательной деятельности человека. Как показали П.

---

<sup>2</sup> Али-заде А. А. Исламский энциклопедический словарь. М., 2007. С. 748, 849. URL: <https://book.cc/book/1156901/5bea92> (дата обращения: 20.01.2021); Бехруз Х. Исламские традиции права. Одесса, 2006. С. 87–88; Ислам: энцикл. слов. М., 1991. С. 254, 292; Сюкияйнен Л. Р. Исламское право: взаимодействие юридических и религиозных начал // Ежегодник либертарно-юр. теории. 2007. Вып. 1. С. 97–106.

<sup>3</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 85–91; Сюкияйнен Л. Р. Ислам. право: взаимодействие...

<sup>4</sup> Беккин Р. И. Мусульманское право как отражение специфики политико-правовой культуры мусульманского мира // Полит. системы и полит. культуры Востока. М., 2007. С. 232–238; Дамирли М. А. Сравнительное исламское право: введение в теорию и методологию. Одесса, 2017. С. 43–53.

Бергер и Т. Лукман, познание и знание как его результат не могут полностью отрываться от своего объекта и предмета, и познаваемый объект неизбежно влияет на знание, чем, по сути, создаётся точка пересечения объективного и субъективного, но, вместе с тем, познание в той или иной степени достраивает объективную или объективированную реальность, раскрывая смыслы, сперва казавшиеся неочевидными<sup>5</sup>. В-третьих, критерием различения рассматриваемых понятий может стать эксплицитный или имплицитный характер норм: фикх, будучи результатом глубокого познания, содержит эксплицированные нормы, совпадая с шариатом там, где последний содержит прямо выраженные правила, и расходясь там, где шариат содержит имплицитные смыслы.

Конструирование факихами фикха напоминает концепцию интерпретативного прецедента, а также ситуацию с *ratio decidendi* самих правовых прецедентов, не содержащих явно определённых норм, а лишь информацию о нормах – правила, которые ещё предстоит извлечь (истинбат)<sup>6</sup>. Учитывая заявленную Кораном беспробельность шариата и соответствующее восприятие основополагающих текстов исламскими юристами, можно вспомнить рассуждения Г. Кельзена о беспробельности права, о концепции правовой нормы как рамки со множеством смыслов, включая имплицитные смыслы, извлекаемые судьёй, когда буквальное толкование не подходит. Поэтому нельзя согласиться с Л.Р. Сюкияйненом, что всеохватность правовых норм шариата есть фикция: если смысл, раскрытый в фикхе, не напоминает буквальный смысл основополагающих текстов или вовсе был сконструирован в процессе толкования не правовых, а догматических положений, то это значит не то, что юристы легализовали ссылкой на шариат не соответствующее ему правило, а что они, действительно, извлекли правило, имплицитно находившееся в Коране и хадисах, а допустимое разнообразие постановлений фикха по одним и тем же вопросам (ихтилаф) отражает концепцию нормы-рамки в действии<sup>7</sup>.

Понятия «шариат» и «фикх» находятся в отношении пересечения.

<sup>5</sup> Бергер П. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания. М., 1995. С. 60–72, 151–170.

<sup>6</sup> Архипов, В. В. Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе: к постановке проблемы // Изв. ВУЗов. Правоведение. 2012. № 3 (302). С. 113–134.

<sup>7</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб., 2015. С. 301–305, 423–426; Сюкияйнен Л. Р. Ислам. право: взаимодействие...

Фикх, в свою очередь, делится на фуру' (букв. «ветви», т.е. конкретные нормы материального и процессуального права) и усуль (букв. «корни», т.е. разработанные методы толкования). В настоящей работе понятие «фикх» будет употребляться как родовое по отношению к указанным видам. Существует мнение, что правом можно назвать только фуру' аль-фикх, а усуль аль-фикх есть теория права, учение об источниках<sup>8</sup>. Нужно учесть, что, как справедливо отмечают, исламское право, имеющее религиозные истоки, занимает по отношению к религии подчинённое положение (хотя нельзя сводить исламское право к религии), что проявляется в верховенстве обязанностей над правами, в построении иерархии целей шариата, в которой первое место всегда принадлежит религии<sup>9</sup>. Эти обстоятельства и идея о беспроblemности шариата делают неправомерным создание каких-либо концептов, от которых будет зависеть вынесение решений о дозволенном и запретном, без извлечения их из шариата и без доказательства их юридической силы<sup>10</sup>. Действительно, если ознакомиться с трудами по усуль аль-фикх, можно обнаружить, что каждый источник или концепт исламского права так или иначе обосновывается через шариат. Кроме того, сами исламские учёные называют теорию источников права 'ильм усуль аль-фикх, т.е. наука о корнях права, а если понятие «усуль аль-фикх» употребляется как синоним науки о толковании права, то подчёркивается, что данное понятие имеет и другую ипостась, представляющую его как правила толкования, принципы фикха<sup>11</sup>. Значит, отнесение усуль аль-фикх к правоведению ведёт к смешению понятий науки об основах права и самих основ права как её предмета, и его было бы точнее называть методологическим правом.

В связи с усуль аль-фикх часто говорится об источниках исламского права; даже существует арабский термин – масдар, – соответствующий этому понятию. Но дело в том, что среди них есть как источники права (например, сунна, иджма'),

<sup>8</sup> Дамирли М. А. Сравн. ислам. право... С.; Основы теории и истории исламского права. СПб., 2018. С. 9-10, 29.

<sup>9</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 87–88; Вайсс Б. Дж. Дух мусульманского права. М.; СПб., 2008. С. 225–228; Дамирли М. А. Сравн. ислам. право... С. 61–68.

<sup>10</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 63–67, 76, 84–85, 112–138; Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики. М., 1986. С. 68.

<sup>11</sup> ас-Садр М. Б. История 'Илм Аль-Усул. М., 2009. С. 22–23. URL: [http://www.litres.ru/pages/biblio\\_book/?art=23813877](http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=23813877) (дата обращения: 20.01.2021); Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. 2009. С. 3–8, 16–17, 25–27, 29–33. URL: [https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih\\_books/single/ru\\_fundamentals\\_of\\_fiqh.pdf](https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih_books/single/ru_fundamentals_of_fiqh.pdf) (дата обращения: 25.04.2021); Беккин Р. И. Мусульм. право... С. 246.

так и методы и приёмы толкования (например, кияс, включающий применение по аналогии, индукцию и т.п.). Поэтому корректнее использовать другой термин исламской науки, – далиль, что переводится как довод, указатель, определитель<sup>12</sup>. Доводы классифицируют по разным основаниям, но для настоящей работы важна классификация, связанная с происхождением и иерархией далилей. Предлагаются разные её варианты<sup>13</sup>, но более точна классификация Х. Бехруза, предложившего различать основополагающие (источники шариата), производные (иджма' и кияс), малые, называемые также юридической техникой (истихсан и другие), и дополнительные, возникшие не в результате познания шариата, а из практики общины и государства, но легитимированные путём толкования шариата (законы, обычаи и др.)<sup>14</sup>.

Поскольку фикх является результатом осмысления шариата, дополнительные источники можно отнести не к фикху, а к исламскому праву. Действительно, ни приемлемые для ислама обычаи, ни законы мусульманских стран не содержат и не обязаны содержать толкование шариата, но фирманы, кануны и низамы способствовали и способствуют укреплению и развитию исламских правовых норм и институтов<sup>15</sup>. Понятие «исламское право» шире понятия «фикх». Относительно разграничения понятий «исламское право» и «мусульманское право», опять-таки, существуют разные позиции<sup>16</sup>, но убедительна позиция, согласно которой мусульманское право шире, чем исламское, и к первому можно относить обычаи мусульман и акты государств, законодательно или политически признавших правовой статус фикха, даже если эти обычаи и акты противоречат исламу (т.е. являются мусульманскими, но не исламскими)<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 4-6; Миннихметов Р. А. Вспомогательные источники мусульманского права и их классификация // Евразийский юридический журнал. 2013. № 5 (60). С. 124–126; Сюкияйнен Л. Р. Мусульм. право... С. 69.

<sup>13</sup> См., напр., Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 14–16; Беккин Р. И. Мусульм. право... С. 246; Миннихметов Р. А. Вспомогательные источники...; Садагдар М. И. Основы мусульманского права. М., 1968. С. 11.

<sup>14</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 175.

<sup>15</sup> Сюкияйнен Л. Р.: 1) Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах // Право. Журн. ВШЭ. 2016. № 4. С. 205–222; 2) Фикх – источник современного права в арабских странах // Право. Журн. ВШЭ. 2019. № 4. С. 222–245; Hallaq W. B. Shari'a: theory, practice, transformations. New York, 2009. P. 211–221.

<sup>16</sup> Беккин Р. И. Исламское или мусульманское право? (к вопросу о правовых аспектах исламских финансов) // Проблемы современной экономики. 2013. № 4 (48). С. 429–430; Основы теории и истории ислам. права. С. 14.

<sup>17</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 6-7; Сюкияйнен Л. Р. Ислам. право: взаимодействие...



В рамках двух главных течений ислама развивались разные школы права (мазхабы): ханифитская, шафиитская, маликитская и ханбалитская – в суннизме, джафаритская (самая распространённая), зайдитская, исмаилитская – в шиизме. Из шиитских мазхабов в данной работе будет принят во внимание джафаритский, поэтому под шиитами далее будут пониматься представители этой школы.

Среди как компаративистов, так и исламоведов существуют разные позиции относительно статуса обычая в исламском праве. Одни из них полагают, что исламское право, не желая нарушать своё единство, признаёт обычай не более, чем доказательством, своего рода оговоркой о мировой сделке, либо вовсе противопоставляют исламское право как часть городской культуры или как законоведческую теорию и ‘адат как часть культуры деревенской или как практику мусульман, не относимую, за исключением прямо оговорённых случаев, к исламскому закону<sup>18</sup>. Другие исследователи либо однозначно относят обычай к исламскому праву, либо делают оговорки, что он не является самостоятельным источником права в глазах факихов<sup>19</sup>.

Практически единогласно отмечается, что наиболее благосклонно к обычаю относятся представители ханифитского мазхаба, благодаря чему он и получил наибольшее распространение<sup>20</sup>. Х. Бехруз, соглашаясь с этой оценкой, считает, что активнее всех применяли обычаи маликиты<sup>21</sup>. Некоторые учёные относят шафиитов, маликитов или ханбалитов к юристам, не интересующимся обычаем или применяющим его редко<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 393; Ковлер А. И. Антропология права: учеб. для ВУЗов. М., 2002. С. 231; Марченко М. Н. Сравнительное правоведение: учеб. М., 2015. С. 773; Садагдар М. И. Основы... С. 29–31; Сравн. правоведение. С. 78; Торнау Н. Е. Особенности мусульманского права. СПб., 1892. С. 5–7; Schacht J. An Introduction to Islamic Law. New York, 1982. p. 61–62.

<sup>19</sup> См., напр., Алимжан К. Ю. Вопросы теории обычного права. Алматы, 2003. С. 240; Баишев Ж. Общие принципы исламского права, теория доказательств и система наказания. Алматы, 1996. С. 48–49; Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 175; Дамирли М. А. Сравн. ислам. право... С. 79; Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2010. С. 252–253; Основы теории и истории ислам. права. С. 94; Остроумов Н. П. Мусульманское законоведение. Ташкент, 1909. С. 37–38; Суворов М. Н. Адат и шариат в современных мусульманских обществах. Ч. 1. Арабы и паштуны: учеб. пособие. СПб., 2019. С. 11.

<sup>20</sup> См., напр., Алимжан К. Ю. Вопросы теории обыч. права. С. 241; Гилязутдинова Р. Х. Природа мусульманского права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Уфа, 2001. С. 133–134; Голубева Л. А. Сравнительное правоведение: учеб. для ВУЗов. Гатчина, 2020. С. 478; Журавский А. В. Ислам. М., 2004. С. 70; Родионов М. А. Ислам классический. СПб., 2001. С. 121–122; Хайдарова М. С. Формирование и развитие мусульманского права в Арабском Халифате (VII–XIII вв.): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 1985. С. 157–158.

<sup>21</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 203.

<sup>22</sup> Беккин Р. И. Страхование в мусульманском праве: теория и практика. М., 2001. С. 12. URL: <https://mgimo.ru/files/15618/15618.pdf> (дата обращения: 25.03.2021); Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 203; Рахманов А. Р. Исламское право: учеб. Уфа, 2010. С. 119. URL: <https://bspu.ru/files/2878> (дата обращения: 30.04.2021);

## 1.2. Сунна

Как известно, сунна – второй основополагающий источник фикха (шафииты и, по некоторым сведениям, ханбалиты приравнивали её Корану<sup>23</sup>). Лингвистически понятие «сунна» (мн. ч. – «сунан») соответствует значениям «обычай», «путь», «привычный путь», «пример», «следование», что неслучайно. Терминологически в современном понимании сунна у суннитов обозначает слова, одобрение чужого поведения, поступки (действия и бездействия) Мухаммада, а джафариты к основному определению добавляют соответствующую деятельность Фатимы – дочери Мухаммада - и двенадцати имамов. Сунна выражается отдельными сообщениями – хадисами (у шиитов – хабарами). Интересно, что слово «хадис» переводится как «рассказ», «известие», «предание», а буквальное его определение: «высказывание, о котором человек узнал, услышав что-либо или увидев какое-то событие»<sup>24</sup>. Формально общеобязательность сунны обосновывается суннитами и шиитами некоторыми аятами (стихами) Корана и (в порядке самореференции) отдельными хадисами (хабарами)<sup>25</sup>.

Понятие «сунна» пришло из доисламских времён, обозначая поступки конкретных предков, которым надо следовать. Историческое значение этого слова не всегда имело положительную коннотацию, т.е. само по себе было нейтральным. Так же она воспринималась и в первые десятилетия ислама. Например, могли говорить как о сунне Мухаммада или праведных халифов, так и о сунне Каина (в том смысле, что Каин начал практику убийств)<sup>26</sup>.

Авторитет Мухаммада, постепенно укрепляясь, стал высоким уже при его жизни<sup>27</sup>. Вместе с тем, по всей видимости, его современники и сподвижники (сахабы) в большей степени, чем следующее поколение (таби'ины), воспринимали

---

Shabana A. Custom in Islamic Law and Legal Theory: The Development of 'Urf and 'Adah in the Islamic Legal Tradition. New York, 2010. P. 32, 180.

<sup>23</sup> Миннихметов Р. А. Шафиитская школа в исламском праве // Право и политика. 2014. № 2. С. 239–244; Санаи М. Мусульманское право и политика. История и современность. М., 2016. С. 53.

<sup>24</sup> Али-заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 308, 657; ас-Садр М. Б. История 'Ильм Аль-Усуль. С. 23; Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 187-188; Ислам... С. 214, 262; The Encyclopedia of Islam: 1) Vol. III. N - Iram. Leiden-London, 1986. P. 23; 2) Vol. IX. San - Sze. Leiden, 1997. P. 874, 878.

<sup>25</sup> Али-Заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 657, 764–765; Атап Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 25–27; Mutahhari M. Jurisprudence and Its Principles. P. 10. URL: <https://makarem.ir/main.aspx?reader=1&lid=0&mid=82588&catid=6553&pid=72256> (дата обращения: 20.01.2021).

<sup>26</sup> Ислам... С. 214; Остроумов Н. П. Мусульм. законоведение. С. 19–20; The Encyclopedia of Islam. Vol. IX. P. 878.

<sup>27</sup> Ислам... С. 178-182; Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Т.3. Правовые системы Азии . М., 2013. С. 450–466.

его не только как посланника Аллаха, но и как лидера. Поэтому сунна Мухаммада сперва рассматривалась практически наравне с суннами таких наиболее уважаемых его сподвижников, как праведные халифы: практически наравне, но абсолютного знака равенства не было, и при возникающих затруднениях мусульмане обращались к сподвижникам с вопросами о том, как поступал в тех или иных случаях сам пророк<sup>28</sup>. Значимым событием в истории формирования особого статуса сунны Мухаммада можно считать вступление на престол халифа Усмана (644 г.), когда тот поклялся соблюдать сиру Пророка – понятие, обозначающее всю его жизнедеятельность, т.е. более широкое, чем понятие «сунна», что подтверждает тезис об отсутствии на тот момент чёткого понимания границ между сунной как нормативной системой и другими фактами жизни основателя ислама. В последней трети VII в. среди рассказчиков хадисов, включая судей (кади), и их слушателей появилась тенденция выделять сунну Мухаммада по сравнению с другими суннами через её более пристальное изучение и более широкое применение при решении дел. В конце концов, стараниями халифа Умара II ибн Абд аль-Азиза, Мухаммада аш-Шафии и других собиравших и исследовавших хадисы учёных (мухаддисов), именно сунна Мухаммада утвердилась как второй шариатский довод<sup>29</sup>.

Формирование нормативности сунны у шиитов связано с политическими процессами, в ходе которых сформировалось убеждение, что именно Али ибн абу Талиб и его потомки, будучи непогрешимыми родственниками Мухаммада, являются единственными людьми, достойными возглавить мусульман, и хранителями тайного знания скрытых смыслов Корана. Доктринально идея о «четырнадцати непогрешимых» (Мухаммад, Фатима и двенадцать имамов) была выражена имамами Мухаммадом Бакиром и Джафаром ас-Садиком (первые две трети VIII в.). Но можно утверждать, что стихийно эта идея сформировалась раньше. Это подтверждается, например, тем, что большинство шиитов послушно следовало мирной политике аль-Хасана и других имамов по отношению к

---

<sup>28</sup> Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. М., 2005. С. 19.

<sup>29</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 184, 187; Ислам... С. 244; Hallaq W. B. Shari'a ... P. 38-52; Schacht J. An Introduction... P. 17-18, 29-30, 33, 45-48; The Encyclopedia of Islam. Vol. IX. P. 878-879.

ненавистным для шиитов Умайядам и не усомнилось в правоте имама Хусейна, несмотря на его поражение и гибель в битве при Карбале<sup>30</sup>.

В суннитской традиции передаются два противоречащих предания, считающихся достоверными. Согласно одному, которым, по сути, руководствовалось большинство суннитов в первый век ислама, Мухаммад запретил записывать сунну, чтобы она не смешалась с Кораном, согласно другому, он велел её записывать. Существуют две версии разрешения этой коллизии. Одни считают второе предание относящимся к самому концу жизни основателя ислама, когда он убедился, что мусульманское сообщество хорошо запомнило Коран и сможет отличить его от других текстов. Согласно второму толкованию, запрет касался тех, кто, записав хадисы, мог возложить слишком большие надежды на памятки и в результате забыть тексты (это толкование интересно как указывающее на необходимость запоминания нормативной и догматической информации даже в случае их письменной фиксации). Шииты же уверены, что Мухаммад изначально поощрял записи сунны и даже поручил Али делать это. В первый век хиджры отдельные лица делали разрозненные записи преданий для своих нужд, нередко уничтожая их потом. Во всяком случае, самые первые суннитские и шиитские сборники хадисов до нас не дошли, и много преданий в обоих течениях передавались устно, что способствовало поддержанию обычно-правовой природы многих из них (особенно тех, которые были широко известны)<sup>31</sup>.

Со временем обнаружились проблемы, связанные с передачей и распространением хадисов. Главной (но не единственной) из них стало создание множества подложных рассказов о исламском пророке с приведением цепей передатчиков (иснадов) для легитимации правил путём привлечения авторитета Мухаммада как основы их общеобязательности, а также со ссылками на некоторых известных лиц, якобы передававших эти сообщения, упоминание

---

<sup>30</sup> Кныш А. Д. Шиитский ислам: учеб. пособие. СПб., 2016. С. 11-19, 21-23, 25-37; The Encyclopedia of Islam. Vol. IX. P. 420-423.

<sup>31</sup> Али-заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 765–766; Велаяти А. А. Исламская культура и цивилизация. М., 2011. С. 102; Кремер А. фон. Мусульманское право. Ташкент, 1888. С. 4–6; Санаи М. Мусульм. право... С. 53; Таххан М. Пособие по терминологии хадисов. Islamhouse, 2009. С. 77. URL: [https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih\\_books/single/ru\\_facilitate\\_the\\_science\\_of\\_hadeeth.pdf](https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih_books/single/ru_facilitate_the_science_of_hadeeth.pdf) (дата обращения: 31.03.2021); Momen M. An Introduction to Shi'i Islam: The History Doctrines of Twelver Shi'ism. New Haven; London, 1987. P. 173; The Encyclopedia of Islam. Vol. III. P. 24.

которых укрепило бы уверенность в подлинности подделываемых хадисов. Исламоведаы отмечают: некоторые неаутентичные хадисы не только широко распространились, но и были признаны как достоверные; более того, отдельные предания, попавшие в канонические сборники достоверных хадисов, поначалу вызывали сомнение у таких ведущих факихов, как абу Ханифа<sup>32</sup>. Все эти обстоятельства побудили мухаддисов разработать сложную технику проверки сообщений.

Особенности этой уникальной и чрезвычайно интересной для современной юриспруденции техники обусловлены следующим. Сунна как источник фикха тесно связана с Мухаммадом, а также Фатимой и имамами у шиитов, – людьми не просто высокоавторитетными, а считавшимися выразителями воли Аллаха, хранителями сакрального знания<sup>33</sup>. Поэтому основанием общеобязательности конкретных хадисов становилась их относимость к этим авторитетным персонам, т.е., в отличие от большинства обычаев, нормативность хадисов, выросшая из фактов (как это и происходит у обычаев), и дальше сопровождалась властью фактов: если выяснялось, что связь описанных в предании событий с авторитетами отсутствует или весьма сомнительна, хадис переставал считаться общеобязательным.

Е.В. Васьковский писал, что проверку акта нужно начинать с высшей критики, т.е. с проверки наличия юридической силы, а потом обращаться к низшей критике, т.е. к проверке текста на предмет наличия ошибок<sup>34</sup>. Мухаддисы, наоборот, сперва проверяли достоверность сообщений, т.е. их относимость к Мухаммаду, и только потом переходили к высшей критике, анализируя матн (передаваемый текст) на предмет наличия юридической силы, так как достоверность иснада (цепи передатчиков) сама по себе не могла утвердительно ответить на этот вопрос. Были разработаны сложные классификации иснадов, требования к личности передатчиков и критерии для определения общеобязательности текстов. В некоторых случаях использовались презумпции, в

---

<sup>32</sup> Али-заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 659–660; Ван ден Берг Л. В. С. Основ. начала мусульм. права... С. 19–20; Кремер А. фон. Мусульм. право. С. 8–11; Роэ М. Исламское право: история и современность. М., 2019. С. 77–78; The Encyclopedia of Islam. Vol. III. P. 23–27.

<sup>33</sup> Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 185; Кныш А. Д. Шиит. ислам. С. 65–68; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 45, 47.

<sup>34</sup> Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. М., 1913. С. 10–12.

том числе и неопровержимые. Так, честность сподвижников пророка воспринималась как аксиома. Нельзя утверждать, что специалисты по преданиям не интересовались матнами, но всё-таки иснаду они уделяли большее внимание<sup>35</sup>.

Одна из проблем, связанных с матнами, – это необходимость определения ипостаси Мухаммада. В отличие от шиитов, которые любой хабар, достоверно связанный со священными лицами, принимали как общеобязательный на основании доктрины их непогрешимости, сунниты должны выяснить, в какой роли выступал Мухаммад во время конкретного события (непогрешимый пророк или несовершенный человек). Как указывал он сам, только первая роль могла сообщить хадису общеобязательность. Вместе с тем, отмечается, что учёным, не бывшим современниками Мухаммада, трудно определить его роль, а потому из предосторожности они принимают и те хадисы, в которых поведение Мухаммада в большей степени было похоже на человеческое, чем на пророческое. Например, согласно хадису, увековеченному каноническим сборником «аль-Джами ас-сахих» аль-Бухари, Мухаммад, посоветовав, что нужно делать с находкой, разгневался, когда посетитель спросил его, что делать с найденным верблюдом, а гнев – чувство, связанное с несовершенной природой человека<sup>36</sup>. Таким образом, некоторые хадисы, общеобязательность которых не предполагалась, воспринимались как относящиеся к сунне на основании предосторожности или убеждения в правильности квалификации.

Концепция иснада связана с приоритетностью устной передачи над письменной. Считается, что устная передача обеспечивает верификацию информации: слушатель и передатчик могут доподлинно узнать, от кого, кому и как передаётся текст, о личных качествах друг друга. А письменному тексту полностью доверять нельзя, поскольку в него могут закрасться ошибки, да и нельзя вынести достоверное суждение о пишущем и о намерениях, с которыми он записывал<sup>37</sup>. Интересна позиция Абд ар-Рахмана аль-Аузаи (VIII в.): «Наше знание было благородным, пока оно передавалось из уст в уста от одного к

<sup>35</sup> См., напр., Али-заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 305–311; Бехруз Х. Ислам. традиции права. С. 190–193; Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 27–28, 145–154; Рахманов А. Р. Ислам. право. С. 104; Таххан М. Пособие... С. 6–71; Mutahhari M. Jurisprudence... P. 9–10, 15–17; The Encyclopaedia of Islam. Vol. III. P. 25–26.

<sup>36</sup> Роз М. Ислам. право... С. 73–76; Сравн. правоведение: нац. правовые системы. Т.3. С. 462; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 55–56.

<sup>37</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 77–80.

другому; когда же это знание перешло в книги, к нему стали приобщаться те, кто не достоин обладать этим знанием»<sup>38</sup>.

Отмечается, что первые записи велись исключительно для запоминания сложной информации, а также, как в случае с Кораном, с целью предотвратить утрату текста из-за гибели наиболее уважаемых передатчиков<sup>39</sup>. По мнению Б. Дж. Вайсса, исламские юристы убеждены в неизменности языка<sup>40</sup>. Позже я уточню этот тезис, но пока можно обратить внимание на объяснение шиита Али Акбара Веляти причины, побудившей записать Коран, несмотря на то, что, по его же замечанию, арабам было привычнее его запомнить: нельзя было допустить искажения текста священной книги<sup>41</sup>. Видно понимание, что текст, передаваемый устно, даже если он имеет силу обычая может изменяться. Вместе с тем, видимо, и шииты исходили из важности устной передачи хабаров учёными. Так, название одного канонического сборника «Тот, кого не посещает правовед», указывает на его предназначение: служить памяткой о правилах лицам без юридического образования, не имеющим возможности консультироваться у юриста<sup>42</sup>. Но шариатские тексты нужно передавать максимально точно, и факихи должны наизусть знать Коран и много хадисов, а для их понимания необходим учитель<sup>43</sup>. Далее, иногда юридическое значение может иметь даже произношение текста, особенно «чтение Корана» (аль-кира'а): от избранного варианта чтения под влиянием фонетических нюансов может изменяться смысл, чем диктуется необходимость обосновывать достоверность воспроизведения текста<sup>44</sup>. Поэтому до сих пор письменный текст ценится ниже устной передачи и не может заменить её, а юристы не советуют принимать знания у тех, кто получал их только по книгам: ведь «кто не имеет учителя, тому учителем сам сатана»<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Цит. по: Исаев Р. Когда и почему возникли первые искажения в области вероубеждения? 01.12.2014. URL: [https://islam-today.ru/blogi/rashid\\_isaev/kogda-i-pocemu-voznikli-pervye-iskazenia-v-oblasti-veroubezdenia/](https://islam-today.ru/blogi/rashid_isaev/kogda-i-pocemu-voznikli-pervye-iskazenia-v-oblasti-veroubezdenia/) (дата обращения: 01.04.2021).

<sup>39</sup> Еремеев Д. Е. Ислам: образ жизни и стиль мышления. М., 1990. С. 32–33; Кремер А. фон. Мусульм. право. С. 4–5.

<sup>40</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 99–100.

<sup>41</sup> Веляти А. А. Ислам. культура... С. 30.

<sup>42</sup> Кньш А. Д. Шиит. ислам. С. 55.

<sup>43</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 80; Санай М. Мусульм. право... С. 64; Таххан М. Пособие... С. 71–72.

<sup>44</sup> Веляти А. А. Ислам. культура... С. 95–98; Ислам... С. 137–138; Ahmad A. A. Structural Interrelations of Theory And Practice in Islamic Law: A Study of Six Works of Medieval Islamic Jurisprudence. Leiden; Boston, 2006. P. 99–101.

<sup>45</sup> Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 80; Остроумов Н. П. Мусульм. законоведение. С. 51, 76–82; Роэ М. Ислам. право... С. 60; Таххан М. Пособие... С. 81–82.

С ценностью устной передачей связана интересная концепция таватур (букв. «след в след»), важная для понимания разработок исламских правоведов в области как Корана и сунны, так и собственно обычаев. Эту концепцию обсуждают именно правоведы, значит, многим из них (не только ханифитам и ибн Хальдуну) не чужда социологическая и психологическая проблематика. Таватур – это не прерывающееся в течение многих поколений рассказывание текстов настолько огромным числом людей, что разум не допускает возможности их сговора для подделки передаваемой информации. По наблюдению факихов, человек, много раз слышавший одну и ту же историю, сперва восприняв её как вероятную, потом придёт к убеждению в её истинности, даже если он лично не имел дело с сообщённым фактом, а только слышал о нём<sup>46</sup>. Современный кувейтский учёный Махмуд Таххан говорит о должном отношении к текстам, переданным описанным образом: «Человек обязан верить столь безоговорочно, будто он сам является свидетелем того, о чем говорится в этом сообщении, не испытывая никаких сомнений относительно этого»<sup>47</sup>. Изложенное интересно, если учесть, что убеждение в общеобязательности (*opinio necessitatis*) является ключевым элементом, обсуждаемым в исследованиях, посвящённых обычаю<sup>48</sup>.

Коран, несомненно, был подтверждён путём таватур и записан<sup>49</sup>. Тем не менее, средневековые юристы продолжали подчёркивать, что для отнесения текстов к Корану им необходимо быть мутаватир, т.е. переданными через таватур, иначе текст не принимался или относился к сунне<sup>50</sup>. Дело в том, что факихи считали, что в письменном виде приведён не весь Коран, а скрытые или утраченные тексты можно восстановить путём анализа различных хадисов, которые имплицитно могут содержать в себе коранические тексты. Возможно, отчасти, предположение о неполноте записанного Корана вытекала из дискуссии о значении слов «аль-Куран» и «аль-Китаб» (Книга): некоторые полагали, что второе понятие обозначает некую «предвечную таблицу», на которой написано

---

<sup>46</sup> Байсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 77–85; Таххан М. Пособие... С. 6; Hallaq W. B. Shari'a... P. 93-94; The Encyclopedia of Islam. Vol. X. T - U. Leiden, 2000. P. 381.

<sup>47</sup> Таххан М. Пособие... С. 7.

<sup>48</sup> Добров А. С. Формирование права без законодателя: очерки по теории источников права // Вестн. гражд. права. 2010. № 2. С. 191–245.

<sup>49</sup> Байсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 76–77; Hallaq W. B. Shari'a... P. 93–94.

<sup>50</sup> Ahmad A. A. Structural Interrelations... P. 97–100.



всё Божественное послание, не целиком изложенную Мухаммаду<sup>51</sup>. Из неполноты Корана исходили и шииты, но эту проблему они предпочитали решать через ‘акль (разум – шиитский далиль)<sup>52</sup>.

Одной из классификаций хадисов является их деление на мутаватир, машхур («известные») и ахад («одиночные»). Хадисы машхур имели меньшее, чем мутаватир, число иснадов; более того, иснады могли быть неполными, начинаться лишь с одного сахаба, позднее широко распространяясь, не доходить до пророка или вовсе отсутствовать (гариб – «неизвестные» или «безымянные» хадисы). «Известность» в данном контексте можно воспринимать как широкое хождение либо в определённых кругах (например, среди факихов), либо среди всего народа. Постольку, поскольку такие хадисы, даже безымянные, получали широкое распространение, можно говорить, что народ был убеждён в их достоверной относимости к Мухаммаду (сахих, т.е. те, которые были общеобязательными), иначе вряд ли мусульмане стали бы их столь часто цитировать, и удовлетворялись этим убеждением. Интересно, что некоторые из таких хадисов в качестве достоверных были включены в сборники Мухаммада ибн Исмаила аль-Бухари и Муслима ибн Хаджжаджа Нишапури («Два Сахиха»). Наконец, хадисы мутаватир делились на мутаватир лафзи (их матны дословно передавались путём таватур) и мутаватир ма’нави (их тексты сами по себе являлись машхур или даже ахад, различаясь между собой словесно, но имели общий смысл, передававшийся через таватур)<sup>53</sup>.

Разные мазхабы выдвигали разные критерии достоверности хадисов. Однозначно достоверными считались хадисы мутаватир обоих видов. Так, шиитские усулиты («рационалисты») принимали только хабары этого вида<sup>54</sup>. Ханифиты как достоверные принимали хадисы из категории известных, среди которых были даже безымянные. Однако они выдвигали к таким хадисам требование об общезначимости: если хадис регулировал отношения, важные для всех мусульман (например, вопросы заключения сделок), но его знали только факихи, то он не принимался, так как люди обычно допытываются ответа на

<sup>51</sup> Казем-Бек М. Избранные произведения. Баку, 1985. С. 265.

<sup>52</sup> Кныш А. Д. Шиит. ислам. С. 66–67; Mutahhari M. Jurisprudence... P. 23.

<sup>53</sup> Таххан М. Пособие... С. 6–12; Hallaq W. B. Shari’a... P. 95–96; The Encyclopedia of Islam. Vol. X. P. 381–382.

<sup>54</sup> Tabataba’i H. M. Introduction to Shi’i Law: A Bibliographical Study. London, 1984. P. 42, 44.

значимые для них вопросы, а неизвестность для них сообщения на явно важную для них проблему свидетельствует о том, что народ не воспринял его как достоверное или что народ не знает о нём, поскольку оно, будучи подложным, появилось недавно. Шафииты не принимали это обоснование, хотя из шафиитов, например, абу Исхак аш-Ширази (XI в.) отклонял хадисы, чьи матны противоречили интуитивным знаниям, опыту, здравому смыслу, а абу-ль-Маали Абд аль-Малик аль-Джувайни (XI в.) отказывался считать достоверным хадис, противоречащий обычаю как практике, передаваемой через таватур)<sup>55</sup>. Маликиты принимали хадисы как верифицируемые по иснаду, так и передаваемые путём практики жителей Медины ('амаль) по принципу «тысяча от тысячи (т.е. общемединская практика) лучше, чем один от одного (т.е. объём иснадов, который, в сравнении с массовой практикой мединцев, мог оказаться меньшим)». Более того, практикуемые мединцами хадисы предпочитались другим, имеющим пороки в цепях передачи, поэтому 'амаль ещё называют коллективной сунной. Маликиты исходят из того, что Медина – город, где жил пророк, а значит, повседневная практика мединцев была им одобрена<sup>56</sup>. Таким образом, ханифиты и маликиты обращали внимание не только на иснады, но и на подтверждаемость хадисов народным обычаем, а другие мазхабы предпочитали анализировать иснады, которые также имели отношение к признаку устной повторяемости, особенно в случае мутаватир.

Даже после появления и канонизации сборников хадисов в VIII-IX вв. (у суннитов) и X-XI вв. (у шиитов) сунна не утратила обычно-правовую природу. Во-первых, единодушное или почти единодушное признание сборников, передающееся из века в век, складывалось стихийно, а не закреплялось постановлением: как справедливо отмечается, фикх есть право юристов, а ислам не знает официального института церкви<sup>57</sup>. Во-вторых, в последующие века, не отказываясь от изучения и оценки иснадов, учёные приняли достоверность

<sup>55</sup> Миннихметов Р. А. Ханафитская школа в исламском праве // Правовое государство: теория и практика. 2014. № 2 (36). С. 74–80; Филипп Б. Эволюция фикха: исламский закон и мазхабы. Киев, 2001. С. 103; Ahmad A. Structural Interrelations... P. 102; Hallaq W. B. Shari'a... P. 47; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 81–82.

<sup>56</sup> Али-Заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 438; Кремер А. фон. Мусульм. право. С. 16–17; Рахманов А. Р. Ислам. право. С. 121; Роэ М. Ислам. право... С. 76; Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 12; Филипп Б. Эволюция фикха... С. 110; The Encyclopedia of Islam. Vol. VI. Mahk – Mid. Leiden, 1991. P. 280.

<sup>57</sup> Вайс Б. Дж. Дух мусульм. право. С. 31–33, 172–173, 177–178; Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. М., 2003. С. 299; The Encyclopedia of Islam. Vol. III. P. 24.

попавших в сборники хадисов. В пользу этого аргумента свидетельствует то, что составитель компактного варианта «Сахиха аль-Бухари» Ахмад ибн Абд аль-Латиф аз-Зубайди (XV в.) опустил иснады, объяснив это отсутствием у кого-либо сомнений в достоверности хадисов данного сборника, и то же самое и с похожим объяснением сделал в тематическом сборнике шиитский мухаддис абу Мансур Табарси (XII в.)<sup>58</sup>. А когда Абу-ль-Ала Маудуди (XX в.) заявил, что хадисы из двух Сахихах должны быть проверяемы на достоверность, его обвинили в приверженности шиизму<sup>59</sup>. В-третьих, есть метод проверки хадисов на достоверность, основанная на признаках их нахождения в «Двух Сахихах» или, в случае отсутствия, на соответствии методологии проверки достоверности, использовавшейся составителями канонических сборников<sup>60</sup>. Наконец, хадисы (в частности, входящие в «Два Сахиха») до сих пор передаются от учителей ученикам, чтобы те могли передавать их дальше, причём устные способы передачи предпочитают передаче списков<sup>61</sup>.

### 1.3. Обычай и фикх

Современный катарский учёный Айман Шабана (Ayman Shabana), автор глубоких исследований роли обычая в исламском правоведении, отмечает изначальную лингвистическую связь между понятиями «сунна», «'урф», «'амаль», «иджма'», которая положила начало развитию этих концептов. Эта связь не случайна хотя бы потому, что, как признано многими учёными, включая суннитских факихов (даже знаменитого буквалиста XI в. Али ибн Хазма), Мухаммад явно или путём молчаливого признания одобрил или лишь изменил многие доисламские обычаи<sup>62</sup>. Но уточню, что шииты, по мнению Мугана Момена (Moogan Momen), напротив, считают ниспослание Корана и деятельность Мухаммада решительным разрывом с доисламским консерватизмом<sup>63</sup>. Учитывая, что мне на данный момент не удалось найти в шиитских работах эксплицитного

<sup>58</sup> Мухтасар Сахих Аль-Бухари. Т. 1. Алматы, 2013. С. 19; Шейх Табарси. Ихтиджадж: Диспуты и доводы Пророка и Имамов. Т. 1. С. 9. URL: <https://arsh313.com/shejh-tabarsi-ihitijaj-tom-1/> (дата обращения: 02.04.2021).

<sup>59</sup> Пугачёв В. В. Концептуальные основы политико-правового учения Абу-л-А'ла Маудуди: критический анализ: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. СПб., 2019. С. 52–54.

<sup>60</sup> Таххан М. Пособие... С. 17–18; The Encyclopedia of Islam. Vol. III. P. 25.

<sup>61</sup> Таххан М. Пособие... С. 73–77, 81–82.

<sup>62</sup> См., напр., Алимжан К. Ю. Вопросы теории обыч. права. С. 236–240; Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 8–11; Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М., 2000. С. 450; Schacht J. An Introduction... P. 11; Hallaq W. B. Shari'a... P. 33–34; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 48, 56–57.

<sup>63</sup> Momen M. An Introduction... P. 31–32, 184.

признания в качестве довода обычая как такового, за исключением некоторых фрагментарных упоминаний, можно предположить, что описанным восприятием объясняется нежелание шиитов рассматривать обычай в работах по усуль аль-фикх. Правда, М.В. Кича указывает, что шииты признавали обычаи, но, к сожалению, она не раскрывает данный тезис<sup>64</sup>, а М.Н. Суворов кратко упоминает вынужденный учёт шиитами-зайдитами йеменских обычаев<sup>65</sup>, но в рамках настоящей работы зайдиты не рассматриваются. Вместе с тем, по замечанию А. Шабаны, отсутствие явных ссылок на обычай в исследованиях само по себе не говорит об отсутствии обсуждения обычая сквозь призму других доводов<sup>66</sup>, поэтому попытаюсь реконструировать джафаритский подход к обычаю, – используя по аналогии некоторые рассуждения суннитов, поскольку суннитское правоведение оказало большое влияние на усулитов<sup>67</sup>.

Некоторые исламские учёные были склонны противопоставлять фикх и «мрак обычаев», среди них – дагестанские шафииты XVII-XIX вв. Мухаммад ал-Кудуки, Муртада Али ал-Уради, Мухаммад Тахир ал-Карахи и др.<sup>68</sup> Абу-ль-Ала Маудуди не считал обычай источником права<sup>69</sup>. С другой стороны, читая исследования, посвящённые усуль аль-фикх в целом и обычаю в частности, можно убедиться, что отношение к нему у многих представителей четырёх суннитских правовых школ не было столь однозначным. Так, знаменитый ханбалит XIII-XIV вв. Таки ад-Дин ибн Таймийя считал обычаи в своей основе дозволенными<sup>70</sup>. Действительно, ислам есть разнообразие в единстве, где шариат обеспечивает единство в разнообразии, а фикх – разнообразие в единстве, что проявляется в конкретизации общих норм<sup>71</sup>.

Основными терминами, обозначающими обычай, являются ‘урф и ‘ада (мн. ч. ‘адат). Приведу некоторые определения этих понятий, сформулированные исламскими учёными; начну с современных.

<sup>64</sup> Кича М. В. Роль и значение обычая в мусульманской правовой семье // Юрид. наука. 2013. № 1. С. 8–10.

<sup>65</sup> Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 63.

<sup>66</sup> Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 48–49.

<sup>67</sup> Momen M. An Introduction... P. 95; Tabataba'i H. M. Introduction... P. 35–50.

<sup>68</sup> Бобровников В. О. Мусульманское право и обычай в российском Дагестане: источники и исслед.: хрестоматия. СПб., 2017. С. 15–16, 63, 128–139.

<sup>69</sup> Пугачёв В. В. Концептуальные основы... С. 92.

<sup>70</sup> Аушев Х. О. Преступление и наказание в Коране и Сунне: философско-религиоведческий анализ: дис. ... канд. философ. наук: 09.00.14. М., 2018. С. 48.

<sup>71</sup> Дамирли М. А. Сравн. ислам. право... С. 81.

Азербайджанский исследователь А.А. Али-заде даёт определения: «'Адат - обычаи, присущие различным народам» и «Орф - применение в качестве довода каких-либо традиционно распространенных мнений в мусульманском обществе, если нет буквальных доказательств в Откровении»<sup>72</sup>. Б. Филиппс определяет 'урф как «обычай или традицию, распространённые на какой-либо территории или среди какого-либо народа, включённые в Исламское право»<sup>73</sup>. Турецкий специалист Ф. Атар пишет: «'Урф – нечто одобряемое разумом и шариатом, выполняемое по привычке и не считающееся чужим здравомыслящими людьми»<sup>74</sup>. Мухаммад аль-Хидир Хусейн считает, что «'урф – это поступки или слова, распространённые и повторяющиеся в определенном обществе или в социальной группе»<sup>75</sup>.

Цитирование дефиниций средневековых факихов начну с ибн Таймийи: «'Урфом называются действия, в совершении которых люди нуждаются и привыкли делать их в своей повседневной жизни», – и С.Н. Бизюков уточняет, что под 'урфом он подразумевал общепринятый обычай<sup>76</sup>. По мнению ханифита Наджм ад-Дина абу Хафса Умара ан-Насафи (XI-XII вв.), 'урф – это «нечто, выполняемое по привычке и принимаемое здравомыслящими людьми как положительное на основе рационального суждения»<sup>77</sup>. На эту дефиницию похожа формулировка ханифита Али ибн Мухаммада аль-Джурджани, говоривший об 'урфе как об «общепринятой практике, сложившейся среди людей, проникшей в их сердца благодаря свидетельству разума о её полезности и считающейся соответствующей (их) естественным склонностям»<sup>78</sup>. Последнее определение, в отличие от предыдущего, говорит обо всех людях, а не только о здравомыслящих, и более чётко описывает существенный признак обычая – убеждение. Данная дефиниция также отличается от формулировки ханифита Хафиз ад-Дина Абдаллаха ан-Насафи (XIII в.), подчёркивавшего соответствие практики не

<sup>72</sup> Али-заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 38, 590.

<sup>73</sup> Филиппс Б. Эволюция фикха... С. 215.

<sup>74</sup> Даю скомбинированное определение, так как автор сформулировал две немного отличающиеся дефиниции: Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 42.

<sup>75</sup> Цит. по: Аушев Х. О. Преступление и наказание... С. 44.

<sup>76</sup> Цит. по: Там же. С. 44; Бизюков С. Н. Правовые уловки в исламском праве: история появления, религиозная и правовая оценка, современный подход // Вестн. Бурят. науч. центра Сиб. отд-ния РАН. 2014. № 1 (13). С. 239–256.

<sup>77</sup> Цит. по: Азаматов Р. И. Теория целей шариата и её связь с источниками исламского права. Уфа, 2018. С. 29.

<sup>78</sup> Цит. и пер. с англ. по: Shabana A.: 1) Custom in Islamic Law... P. 50; 2) Custom and Modern Constructions of Sharī'a: Transnational Juristic Discussions on the Status of 'Urf // Journal of Islamic Ethics . 2019. № 3. Pp. 30–63.

любим, а именно хорошим естественным склонностям людей<sup>79</sup>. Маликит Мухй ад-Дин Мухаммад ибн аль-Араби (XII-XIII вв.) предложил нейтральное и довольно широкое определение: «'урф – это всё, что люди единодушно считают подходящим»<sup>80</sup>. Ханифит Мухаммад Амин ибн Абидин (XIX в.) считал 'ада «непрерывной практикой, которая не может быть объяснена рационально»<sup>81</sup>. Шафиит ибн Хаджар аль-Хайтами (XVI в.) конкретизировал: 'ада есть «повторяющаяся практика, принятая при жизни не менее чем двух поколений, в которой не было перерывов»<sup>82</sup>.

Наконец, приведу определение, данное в резолюции Международной исламской академии фикха, вынесенной на пятой сессии (Кувейт, декабрь 1988 г.): «'Урф обозначает то, что люди принимают по привычке, которая может включать в себя слова, действия или даже бездействие, бывает соответствующим или несоответствующим шариату»<sup>83</sup>.

Одни отождествляют понятия «'урф» и «'ада». Другие считают, что эта позиция корректна только в случае обычаев Хиджаза, поскольку именно его обычаи вошли в корпус шариата (поэтому, считает Р.И. Беккин, факихи и признали обычай источником права), а относительно других регионов нужно говорить об 'ада. Третьи полагают, что 'урф относится к общим для всех мусульман обычаям, тогда как 'ада может быть как общим, так и местным (иными словами, 'урф – это вид 'ада). Некоторые, наоборот, считают 'урф более широким понятием, обосновывая данный тезис через отнесение к 'урфу так называемых лингвистических конвенций (т.е. языковых обычаев) и практических обычаев (т.е. обычаев, регулирующих действия и бездействия), а к 'ада – только практических обычаев. Встречаются и варианты разделительного тезиса: 'ада и 'урф понимаются либо как практический обычай и лингвистическая конвенция, соответственно, либо как индивидуальная привычка или практика и коллективная практика. Наконец, некоторые относят к 'урфу практику, признанную

<sup>79</sup> Shabana A. Custom and Modern Constructions of Sharī'a...

<sup>80</sup> Цит. и пер. с англ. по: Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 187.

<sup>81</sup> Цит. и пер. с англ. по: Ibid. P. 50.

<sup>82</sup> Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 56.

<sup>83</sup> Цит. и пер. с англ. по: Shabana A. Custom and Modern Constructions of Sharī'a: ...

общеобязательной нормой, а к ‘ада – всю остальную практику и иные повторяющиеся факты<sup>84</sup>.

‘Амаль, будучи изначально концепцией обычаев мединцев, был близок к понятию «’урф» с той особенностью, что имел основание, связанное с признанием со стороны Мухаммада. Маликиты признавали в качестве другого далиля, ставившегося ниже ‘амалю, некие единичные обычаи и привычки жителей Медины<sup>85</sup>, которые можно отнести к ‘ада. Но понятие «’амаль» со временем расширилось: когда маликиты распространились в других странах, они называли им местные обычаи. Предположу, почему этим обычаям было присвоено высокое звание ‘амалю. Во-первых, маликитское влияние распространилось на народы, чьи обычаи напоминали уклад жителей Хиджаза, и этот уклад мало изменился с тех пор. ‘Амаль оставался ‘урфом, но без отсылки к признанию со стороны Мухаммада. Во-вторых, ‘амалем также называли сборники судебных решений, в которых фиксировались некоторые местные обычаи и обыкновения, признававшиеся муфти и кади, что, конечно, повышало их статус в глазах факихов<sup>86</sup>.

Обоснование допустимости применения обычая содержится, в первую очередь, в Коране и сунне. Важно, что слово «’урф» происходит от глагола «знать» и обозначает «нечто хорошо известное», «похвальное», «приличное», «добро», и т.д., т.е. в Коране это слово имеет положительную коннотацию, а значит, оно стало восприниматься как нейтральное уже в толкованиях некоторых юристов, что связано, видимо, с их склонностью отождествлять ‘урф и ‘ада. Кстати, последнее понятие в Коране не встречается<sup>87</sup>. Санкционирование происходит путём либо прямой отсылки по формуле «поступайте по обычаю», либо имплицитно. Пятый шиитский имам Мухаммад Бакир сказал: «Коран был ниспослан в четырех частях. ...в четвертой (идёт речь) об обычаях и притчах»<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Аушев Х. О. Преступление и наказание... С. 44–45; Беккин Р. И. Мусульм. право... С. 260–261; Ислам... С. 13; Основы теории и истории ислам. права. С. 94; Shabana A.: 1) Custom and Modern Constructions of Sharī‘a...; 2) Custom in Islamic Law... Р. 50; The Encyclopedia of Islam. Vol. I. A - B. Leiden, 1986. P. 170.

<sup>85</sup> Филипп Б. Эволюция фикха... С. 111–112.

<sup>86</sup> Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 22, 25; Шарль Р. Мусульманское право. М., 1959. С. 24–26; Schacht J. An Introduction... Р. 61–62; The Encyclopedia of Islam: 1) Vol. I. P. 427–429; 2) Vol. VI. P. 281.

<sup>87</sup> Азаматов Р. И. Теория целей шариата... С. 29; Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 42–43; Shabana A. Custom in Islamic Law ... Р. 49–55.

<sup>88</sup> Цит. по: Кныш А. Д. Шиит. ислам. С. 65–66.

Значит, шииты могли признать обычай, но прямого развития этого хабара я не встречал.

Факихи выводили из шариата не только конкретные нормы, но и принципы (кава'ид аш-шари'а), постепенно приравненные текстам шариата<sup>89</sup>. Эти принципы или максимы иногда играли решающую роль при принятии решений. Одним из первых максимы, легитимирующие обычай как довод и определяющие правила его применения, сформулировал ученик абу Ханифы Мухаммад ибн аль-Хасан аш-Шайбани: «установленное обычаем легитимно так же, как установленное юридическим текстом», «обычай может ограничивать применение общего правила» и др.<sup>90</sup> Появились другие максимы, например, «обычай имеет силу как норма» – один из пяти общепризнанных принципов фикха (его признали шафииты Халил Кикалди аль-Алаи, Джалал ад-Дин ас-Суюти (XV в.), ханифит ибн Нуджайм (XVI в. и др.))<sup>91</sup>.

Шафиит аль-Джувайни обосновывал легитимность обычая социологически, используя концепцию таватур (кстати, так же шафиит абу Хамид Мухаммад аль-Газали (XI-XII вв.) обосновывал достоверность и самоочевидность языка<sup>92</sup>). Он отметил, что социальная группа сама приписывает общеобязательность информации, принятой как достоверная. Сказанное вытекает из его замечания, что спорящие с выводами, выраженными в прошлом консенсусом факихов, подвергаются серьёзному осуждению, чем он и обосновал статус иджма' как источника права<sup>93</sup>. способность социума превращать повторяющееся описательное суждение в предписательное благодаря чему появляется 'урф, отмечал и маликит Шихаб ад-Дин аль-Карафи (XIII в.)<sup>94</sup>. Интересны хадисы о том, что Мухаммад запрещал задавать ему вопросы, не желая, чтобы ответ стал обязательным<sup>95</sup>: видно понимание риска приписывания суждениям юридической силы. Идея обязательности обычая повлияла на необходимость при оценке

<sup>89</sup> Сюкияйнен Л. Р. Ислам. право: взаимодействие...

<sup>90</sup> Цит. по: Суворов М. Н. Адат и шариат. С. 11–12.

<sup>91</sup> Сюкияйнен Л. Р.: 1) Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права // Право. Журн. ВШЭ. 2018. № 3. С. 50–80; 2) Общие принципы фикха как юридическое выражение этических ценностей ислама // Ишрак: Ежегодник исламской философии. 2010. № 1. С. 219–241.

<sup>92</sup> Hallaq W. B. Shari'a... P. 91.

<sup>93</sup> Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 80–81, 83–84.

<sup>94</sup> Ibid. P. 122–123.

<sup>95</sup> Филипс Б. Эволюция фикха... С. 42.



поступка как поощряемого или порицаемого рассмотреть его соответствие нормам общества<sup>96</sup>.

Но если таватур, удостоверяющий Коран и хадисы, ложится в основу 'урфа, то почему последний не приравнен этим источникам? Почему абу Ханифа, известный благосклонностью к обычаю, и маликит-рационалист XII в. Мухаммад ибн Рушд осторожно относились к нему, видя в нём «некоторую степень неправильности», а неомодернист Мухаммад Шахрур в рамках концепции нормативных пределов относил обычаи к кривизне, находящейся между нормативными пределами шариата, воплощающими прямоту, призванную смягчить кривизну<sup>97</sup>?

К убеждению в достоверности и общеобязательности нужно приходить через знание, которое, замечает аль-Джувайни, получают только при соприкосновении с фактом (непосредственно или через предков-очевидцев)<sup>98</sup>. Так как термин «'урф» связан с глаголом «знать», он должен оправдываться через привязку к информации, на основе знания которой он возник. Первый вариант такого обоснования связан с гипотезой о неполноте Корана: в обычае могут отразиться утраченные тексты, ниспосланные Богом. Приведённое объяснение допустимо, если учесть кораническое положение: «Аллах стирает то, что Он пожелает, и упрочивает то, что Он пожелает». Значит, если предписание Аллаха утрачено или не ниспослано как составная часть Корана, но сохранилось как обычай, оно остаётся действительным и передаётся из поколения к поколению, начиная с тех, кто мог бы засвидетельствовать, что данное знание получено от Аллаха. Интересно, что маликит абу Исхак Ибрахим аш-Шатиби (XIV в.) обосновывал вред злоупотребления индивидуальными рациональными суждениями, опираясь на обычай: именно обычай связывает людей с предписаниями Аллаха, а необоснованные самостоятельные рассуждения уводят от них. Позиция аш-Шатиби близка к позиции аль-Джувайни: для возникновения

<sup>96</sup> Аушев Х. О. Преступление и наказание... С. 49–50.

<sup>97</sup> Боголюбов А. С. Этико-правовые воззрения Абу Ханифы ан-Нумана // Палестин. сб. – 1969. вып. 19 (82). С. 139–148; Hallaq W. B. Shari'a... P. 531–532; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 66–67.

<sup>98</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 47–48; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 80–81.

знания мало осознания, но нужна ещё и опора на практику, приводящую к убеждению в общеобязательности<sup>99</sup>.

Если же обычай не содержит текстуально отсутствующие предписания, то его основой становятся суждения об общественном благе или переданное через таватур свидетельство о полезности определённого правила. Ханбалит Наджм ад-Дин ат-Туфи (XIII–XIV вв.) писал, что общественная польза и должна определяться на основе обычая. Предполагается, что люди не превращают в привычку вредное или неудобное для них, поэтому «то, что мусульмане считают хорошим, то и для Аллаха является хорошим». Об этом рассуждали, в частности, теоретики целей шариата (макасид аш-шари'а) аш-Шатиби и шафиит Изза ад-Дин ибн Абд ас-Салам (XIII в.), причём последний полагал, что мирские блага могут быть познаны эмпирически и, между прочим, ставил знак равенства между обычаем и здравым смыслом. В рамках данной концепции, являющейся, по сути, формализацией истислаха (маликитский и ханбалитский малый довод), были выявлены три уровня целей шариата: необходимые блага (религия, жизнь, разум, потомство, собственность, а некоторые добавляют честь), вспомогательные и улучшающие блага. Сквозь призму целей шариата были одобрены некоторые сделки, не соответствующие шариату, на основании их распространённости и необходимости для реализации защищаемых целей, по укоренившимся представлениям людей). Итак, иногда обычаи одобряются постольку, поскольку нужно проявить благосклонность к несовершенной природе человека: Аллах, согласно исламу, готов принять результаты социального нормотворчества как часть собственного закона. Без такой легитимации то, что с социальной точки зрения является обязательным, окажется непризнанным с точки зрения шариата: ведь обычай не должен позволять запрещённое и запрещать дозволенное шариатом, хотя может делать обязательным рекомендованное и запретным – осуждаемое<sup>100</sup>.

Но легитимность обычая только презюмируется. Во-первых, как правило, время его возникновения неизвестно, а значит, трудно проверить истинность или

<sup>99</sup> Азаматов Р. И. Теория целей шариата... С. 29; Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 96; Shabana A. Custom in Islamic Law ... P. 128–129

<sup>100</sup> Азаматов Р. И. Теория целей шариата... С. 29, 66–68; Боголюбов А. С. Этико-правовые воззрения...; Сравн. правоведение. С. 78; Филипс Б. Эволюция фикха... С. 35–36; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 130–133; The Encyclopedia of Islam. Vol. IV. Iran – Kha. Leiden, 1997. P. 258.

ложность факта, положенного в его основу. Во-вторых, по признанию большинства исламских учёных, обычай изменчив, поэтому и был сформулирован принцип, согласно которому норма фикха, основанная на обычае, должна измениться вслед за обычаем. Абу Юсуф, ученик абу Ханифы, даже считал, что изменение обычая изменяет и норму сунны, если она была основана на признании этого обычая<sup>101</sup>. Язык считается более статичным, поскольку он был создан Аллахом для того, чтобы люди могли понимать друг друга, и является общественным достоянием, не допускающим большой вольности обращения. Вместе с тем, герменевтический опыт факихов и грамматиков привёл к выводу об эволюции языка, о чём писал шафиит Абд ар-Рахим аль-Иснави (XIV в.), выделивший три стадии его развития, исходя из тезиса о превращении языка после создания Аллахом в систему условностей, складывающихся между его носителями и, одновременно, интерпретаторами<sup>102</sup>.

С большинством нежелательных обычаев рекомендуется бороться постепенно, учитывая слабую природу человека. Хрестоматиен пример с постепенным запретом вина, есть примеры, нацеленные на долгосрочную перспективу, в частности, борьба с рабством<sup>103</sup>.

Понятия «'ада» и «'урф» разграничить сложно, но возможно. Первое объединяет множество явлений, существующих через простую повторяемость или не имеющие рационального обоснования. К ним можно отнести обыкновения, явления природы, воспринимаемые как нормальные, новообразные обычаи, чья обязательность не очевидна, специфические обычаи и, наконец, те, которые признаны порочными. 'урфом же называли общеизвестную практику, во-первых, получившую социальное признание в качестве общеобязательной, а во-вторых, бывшую легитимной. Уже цитировавшаяся резолюция Международной исламской академии фикха уточняет признак общепризнанности: он определяется доминированием обычая в соответствующей области. То есть, например, профессиональный обычай, являющийся специфическим для населения всего региона, может оказаться общепризнанным, если он доминирует в данной профессиональной среде и суд рассматривает спор между представителями этого

<sup>101</sup> Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 34, 84, 123–124.

<sup>102</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 95–102; Ahmad A. A. Structural Interrelations... P. 121–122.

<sup>103</sup> Али-заде А. А. Ислам. энцикл. слов. С. 441–443; Аушев Х. О. Преступление и наказание... С. 49.

сообщества. ‘Урф, как правило, являлся старообразным обычаем. Так, аль-Карафи выдвигал для ‘урфа критерий моментальной распознаваемости в качестве общеобязательной нормы, что могло свидетельствовать о его укоренённости в сознании, остальные же нормы, претендующие на звание обычая, обыкновения и практики нужно было доказывать<sup>104</sup>.

Постепенно исламские юристы признали обычай (главным образом, ‘урф) источником права, на который можно ссылаться непосредственно, что видно и в приводившихся принципах фикха. Кроме аль-Карафи, к этим факихам относятся, например, ханбалиты Али ибн Акиль (XI-XII вв.), ибн Кудам аль-Макдиси (XII-XIII вв.), ат-Туфи, ибн Каййим аль-Джаузийя (XIV в.), маликиты Ибрахим ибн Фархун (XIV в.), ибн аль-Араби, шафииты аль-Хатиб аль-Багдади (XI в.), абу-ль-Хасан аль-Маварди (XI в.). Они утверждали, что муфти или кади, игнорирующий обычай, будет принимать неверные решения. Наконец, знание обычаев отнесли к необходимым компетенциям факихов<sup>105</sup>.

Впрочем, некоторые современные юристы (например, Ибрагим Кафи Дёмнез (Турция), Таха Джабир аль-Альвани (Ирак)) воспринимают обычай не как источник права, а как «хранилище социальной практики», которую, однако, нужно учитывать. Есть и те, кто относится к обычаю с недоверием. Так, современный ханифит Сухайл Тармахомед подчёркивает, что обычай не должен делать обязательным то, что шариатом лишь рекомендуется, без оговорок называя даже старообразные обычаи, не отвечающие этому требованию, недопустимым новшеством. Но, как показывают исследования, подобная позиция редко находила понимание у населения, включая бедуинов. Иногда население предпочитало решать спор у судьи не своего мазхаба, а того, который в большей степени готов применить местный обычай<sup>106</sup>. Активнее всех могли применять обычаи хакамы и хакиды – третейские судьи<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Shabana A.: 1) Custom and Modern Constructions of Sharī‘a...; 2) Custom as a Source of Law // Encyclopedia of Islam. URL: [https://www.academia.edu/7863146/Custom\\_as\\_a\\_Source\\_of\\_Law\\_Encyclopedia\\_of\\_Islam\\_Three](https://www.academia.edu/7863146/Custom_as_a_Source_of_Law_Encyclopedia_of_Islam_Three) (дата обращения: 29.03.2021); 3) Custom in Islamic Law... P. 50, 121, 212.

<sup>105</sup> Миннихметов Р. А. Вспомогательные источники...; Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 12–13; Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. URL: <https://pl.b-ok.cc/book/3007863/7a6971> (дата обращения: 21.01.2021); Shabana A.: 1) Custom and Modern Constructions of Sharī‘a...; 2) Custom as a Source of Law; 3) Custom in Islamic Law... P. 180, 212–213.

<sup>106</sup> Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 14, 27–28; Тармахомед С. Современные фетвы: ответы на различные вопросы по исламу, данные посетителям сайта iskimam.ru с 2009 по 2011 год. 2012. С. 71–72. URL:

Исходили из дозволенности всего, что не регулировал шариат, и дискуссии чаще велись вокруг коллизий обычая и шариата. ‘ильм аль-фикх знал классификацию обычаев, аналогичную делению на *secundum legem* (определяющие норму по прямой отсылке шариата), *praeter legem* (дозволенные по умолчанию) и *contra legem* (противоречащие шариату). Различали практические обычаи (‘урф ‘амали, регулировавшие действия) и лингвистические конвенции (‘урф каули, аш-Шатиби добавлял обычаи, касающиеся единиц измерения), общие (амм) и специфические (тахсис), явные и негласные, предшествующие ниспосланию исламского шариата и последующие, основанные на инстинктах или на социальной практике<sup>108</sup>.

Если представители исторической школы права лишь проводили аналогию между обычаями и языком, то для факихов язык был системой обычаев и обыкновений: слово для них было такой же реальностью, как и действия. Рассматривались вопросы буквального и метафорического употребления слов, ограничительного и расширительного толкования, толкование эллиптических высказываний и т.д. Так, немало юристов признавали, что переносное значение, если оно общепризнано, преобладает над буквальным. К этому тезису присоединяется и шиит Макарем Ширази, замечая, что Аллах, формулируя Коран, учёл общеизвестные метафоры, используемые, например, в литературе. Что практические обычаи могли конкретизировать шариатские положения, признавали, в основном, ханифиты, но, как говорилось выше, в рамках концепции целей шариата именно практические обычаи конкретизировали и ограничивали шариатские тексты<sup>109</sup>. Явные обычаи чаще предпочитались негласным, но в некоторых случаях руководствовались и негласными, которые можно сравнить с аксиомами интуитивного права у Л.И. Петражицкого<sup>110</sup>. ‘Урф каули и негласные

---

<https://askimam.ru/books/khanafitskiy-fikkh/sovremennyye-fetvy/> (дата обращения: 20.01.2021); Shabana A. Custom and Modern Constructions of Shari’a...

<sup>107</sup> Алимжан К. Ю. Вопросы теории обыч. права. С. 238–239; Ислам... С. 13.

<sup>108</sup> Кича М. В. Исламское право в правовых системах государств Ближнего Востока: особенности развития // Законность и правопорядок в современном обществе. 2016. № 34. С. 193–197; Миннихметов Р. А. Вспомогательные источники...; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 105–107, 139–141.

<sup>109</sup> См., напр., Ширази М. Наше вероучение. URL: <https://makarem.ir/main.aspx?reader=1&lid=5&mid=65571&catid=6491&pid=62065> (дата обращения: 06.05.2021); Ahmad A. A. Structural Interrelations... P. 144–146; Hallaq W. B. Shari’a... P. 87–92; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 105–110.

<sup>110</sup> Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 484–485; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 117–119.

обычай, в частности, помогали определить релевантную местность оценки таких понятий, как умеренность, честность, с их помощью можно было выявлять намерения (нийя) заинтересованных лиц, что было важно в связи с принципом «дела оцениваются по намерениям»<sup>111</sup>. Применением обычая, основанного на инстинкте, было, например, признание недействительным договора, обязывающего трудиться месяц без сна<sup>112</sup>. Считалось, что, в случае коллизии, применять можно лишь предшествующие обычаи, если они не были осуждены Мухаммадом. Шафиит XII в. Фахр ад-Дин ар-Рази уточнял, что последующие обычаи можно принять в случае их одобрения иджма’.

Иджма’ не только могла признавать обычаи, но и сама нередко имела обычно-правовую природу. аль-Джувайни писал, что иджма’ зависит от обычая, потому что юристы никогда не заключат консенсус, противоречащий ‘урфу. Существовали три основных вида иджма’: каули (заклучавшаяся прямым постановлением), ‘амали (правоприменительный обычай, основанием которого служила единообразная практика юристов, получавшая юридическую силу) и сукути (молчаливая иджма’, когда никто не возражал на высказанное одним юристом мнение). Действительность консенсусов часто было трудно определить, поэтому их общеобязательность основывалась на убеждении, что они имели место, причём в разных областях исламского мира факихи могли считать действительным консенсусом порой противоположные постановления<sup>113</sup>.

Спорили о правомерности выведения нормы по аналогии с обычаем. В конце концов, признали, что обычай непосредственно не может стать основанием кияса, однако возможно построить аналогию на основании широко известного факта или нормы (кияс аль-‘акли). Эта широко известная норма, которая могла быть негласным обычаем, помогала, например, установить характеристики исследуемого предмета или отношения, общественная оценка которого широко известна, без привлечения экспертов<sup>114</sup>. Но чаще имплицитное применение обычая происходило в рамках ханифитского малого довода истихсан, суть

<sup>111</sup> Бизюков С. Н. К вопросу о понятии «Нийя» и его роли в системе религиозноправового регулирования шариата // Вестн. С.-Петерб. ун-та. Сер. 9. Филология. Востоковедение. Журналистика. 2009. № 2-2. С. 241-247; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 141.

<sup>112</sup> Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 118, 137.

<sup>113</sup> Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 193–196; Кича М. В. Роль и значение обычая...; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 85–86.

<sup>114</sup> Рахманов А. Р. Ислам. право. С. 110; Shabana A. Custom in Islamic Law... P. 96–99.

которого состояла в предпочтении менее убедительного результата кияса, если он казался менее абсурдным, более справедливым или если отвергаемый результат противоречил обычаю. Некоторые определения истихсана прямо заявляли, что данный довод сводится к предпочтению местного обычая результату кияса. Примечательно, что поволжские факихи истихсан применяли чаще кияса<sup>115</sup>. Наконец, признанный всеми мазхабами, включая джафаритский, довод истисхаб является презумпцией сохранения установленного состояния и лучше всего сформулирован принципом «достоверное не устраняется сомнением». Чаще всего приводятся примеры презумпций сохранения фактов, но истисхаб применяется и к нормам. Значит, если существует широко известный обычай, нужно исходить из наличия его юридической силы, если не появятся доказательства обратного<sup>116</sup>.

Хадис «что мусульмане считают хорошим, то и Аллах считает хорошим» близок к постулату, характеризующему шиитский довод ‘акль, согласно которому то, что одобряется разумом, одобряется шариатом, а что одобряется шариатом, одобряется и разумом. Сам по себе разум не является коллективной практикой, но этот довод нельзя рассматривать и как произвольное суждение. Дело в том, что, работа разума ограничивается такими принятыми джафаритами доводами, как ихтият (предосторожность) и истисхаб. Далее, Макарем Ширази и другие шииты отмечают запретность вынесения абсолютно индивидуальных и вероятностных суждений: вывод должен основываться на том, что известно и считается здравым (вспомним, что Изза ад-Дин ибн Абд ас-Салам отождествлял здравый смысл и обычай, а аш-Шатиби именно через обычай обосновывал вред от злоупотребления индивидуальным рассуждением). Недаром лингвистически ‘акль обозначает «ограничивать», «привязывать (верблюда)» и т.д.<sup>117</sup> Можно ещё вспомнить упоминавшийся вид кияса – кияс аль-‘акли, в котором применяются широко известные факты или нормы. Значит, можно утверждать, что ‘акль как довод должен опираться на общеизвестные оценки и нормы. Действительно, ‘акль подразумевает, что выносятся независимое от основополагающих текстов

<sup>115</sup> Беккин Р. И. Мусульм. право... С. 256; Вайсс Б. Дж. Дух мусульм. права. С. 136-137; Миннихметов Р. А. Вспомогательные источники...; Рахманов А. Р. Ислам. право. С. 120; Суворов М. Н. Адат и шариат... С. 11.

<sup>116</sup> Атар Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх. С. 41; Роэ М. Ислам. право. С. 92; Санани М. Мусульм. право... С. 59; Сюкияйнен Л. Р. Общие принципы фикха как отражение...; Shabana A. Custom in Islamic Law... Р. 56.

<sup>117</sup> Азаматов Р. И. Теория целей шариата... С. 48; Санани М. Мусульм. право... С. 55-56; Ширази М. Наше вероучение. URL: <https://makarem.ir/main.aspx?reader=1&lid=5&mid=65572&catid=6491&pid=62065> (дата обращения: 12.05.2021); Momen M. An Introduction... Р. 187.

суждение, в котором факих уверен (например, о том, что ложь запретна, о чём известно по негласному обычаю); можно уточнить: ‘акль связан как с рассуждением, когда вывод не очевиден, но должен применяться надёжный инструмент (например, логика), так и с суждениями, известными на аксиоматическом уровне. При этом, подобно малым доводам у суннитов, ‘акль не является источником права, а только инструментом, с помощью которого познаются правовые нормы. Поэтому, как отмечается, ‘акль складывается из знаний и опыта, причём на основании опыта юрист может привлекать широко известные в данной местности обычаи и обыкновения<sup>118</sup>. Любопытен фрагмент из ан-Наубахти, где излагается спор, в ходе которого правоведы ссылались на «разум, обычай и здравый смысл»<sup>119</sup>. Этот пример также является косвенным доказательством того, что ‘акль связывался, кроме прочего, и с обычаями, на основании которых строилось здоровое суждение.

#### **1.4. Обычай, практика и правовая политика (сияса)**

Фатвы и правовая доктрина не называются источниками фикха, однако фактически они применяются в этом качестве. Эволюция доктрины показывает постепенное превращение чисто описательных теоретических работ в предписывающие документы; не существует никакого каталога доктрин, признанных правовыми, но несколько тысяч книг обычно-правовым путём признаны обязательными для правоприменителей (например, среди ханифитов этот статус широко признан за трудом Бурхан ад-Дина аль-Маргинани (XII в.)). То же самое можно сказать и о фатвах, которые, будучи изначально рекомендательными документами, на протяжении веков собирались в сборники, анализировались при правоприменении; правоприменительный обычай мог санкционировать определённые фатвы, а с течением времени лишать их действительности, что отражалось на их исключении в новых сборниках<sup>120</sup>.

Указывается, что влияние на формирование мазхабов оказали обычаи. Кстати, учитывая (помимо приведённых в разделе 1.3 аргументов), что исламское право основывалось на арабийском ‘урфе, нельзя считать корректным

<sup>118</sup> Валиев Г. З. Источники мусульманского права (шиитское направление – акл) // Право – общество – государство: вопросы теории и истории: сб. матер. всерос. студ. науч. конф. М., 2014. С. 108–112; Bhojani A.-R. Moral rationalism and Sharī’a: independent rationality in modern Shī’a usul al-fiqh. New York, 2015. P. 29–30.

<sup>119</sup> ан-Наубахти ал-Хасан ибн Муса. Шиитские секты. М., 1973. С. 185–187.

<sup>120</sup> Сюкияйнен Л. Р. Исламское право: взаимодействие...; Hallaq W. B. Shari’a... P. 74–75, 178–182.



противопоставление ханифитского и других, более консервативных, мазхабов: маликиты и ханбалиты тоже опирались на обычай, но отправным пунктом для них стали именно аравийские обычаи, вошедшие в фикх<sup>121</sup>. Интересно, что некоторые правовые нормы римско-византийской и других цивилизаций, закреплённые письменно в кодексах и других документах, легитимировались исламскими правоприменителями не как письменные источники права, а как местные обычаи<sup>122</sup>. В конце концов, в рамках института таклида («слепое следование», что можно интерпретировать как традицию), а также в результате распространения и закрепления мазхабов на конкретных территориях сама концепция правовых школ стала пропитываться обычно-правовым духом. Симптоматично наблюдение Абд аль-Хайя аль-Лакнави (XIX в.): «Некоторые фанатики считают, что абсолютный иджитihad завершился на четырёх имамах, иджитihad в мазхабе - на учёном ан-Насафи... .. Когда их спрашиваешь: «Откуда вы это знаете?», они не могут привести доводов»<sup>123</sup>. Дагестанский учёный XIX в. Хасан ал-Алкадари призывал факихов выносить решения на основании принятой местным населением школы, так как «жители как бы обязали судей и муфтиев придерживаться того мазхаба, который распространён среди них»<sup>124</sup>.

Относительно так называемой правовой (шариатской) политики (законодательной деятельности) учёными предъявлялись минимальные требования: сияса должна была только не противоречить шариату. Считалось, что правители издают законы во исполнение шариатских норм. В частности, допускался широкий учёт обычаев<sup>125</sup>. Думается, что из халифов уже Умар ибн аль-Хаттаб в письме одному судье намекал на необходимость учёта обычаев: «...считай бесполезным пустое провозглашение на словах любого права, которое не может быть осуществлено»<sup>126</sup>. Действительно, разные мусульманские государства и правители в той или иной степени учитывали обычаи. Так,

<sup>121</sup> Кича М.В. Роль и значение обычая...; Саидов А. Х. Сравн. правоведение... С. 298.

<sup>122</sup> Бизюков С. Н. К вопросу об иностранных заимствованиях в период формирования исламского права // Вестн. С.-Петерб. ун-та. 2011. № 1. С. 40–58.

<sup>123</sup> Цит. по: Бобровников В. О. Мусульм. право и обычай... С. 189.

<sup>124</sup> Там же. С. 180–183.

<sup>125</sup> Беккин Р. И. Мусульм. право... С. 238–240, 261–263; Сюкияйнен Л. Р.: 1) Взаимодействие исламской и европейской правовых культур: современный опыт // Ежегодник либертарно-юр. теории. 2009. вып. 2. С. 171–188; 2) Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журн. ВШЭ. 2008. № 2. С. 97–109; 3) Мусульм. право... С. 74; The Encyclopedia of Islam. Vol. IX. P. 693–695.

<sup>126</sup> Антол. мировой правовой мысли. С. 681.

несмотря на признание в качестве официального ханифитского мазхаба, в местностях, подчинённых Османской Империи, если там были распространены другие школы, в качестве помощников назначаемому верховному кади из ханифитов предоставлялись судьи, придерживавшиеся соответствующих толков<sup>127</sup>. Иногда формировались обычаи (в том числе и правоприменительные), бывшие *contra legem* с точки зрения шариата, которые поддерживались государствами. Так, в Османской Империи сложилась практика, по которой не применялась шариатская казнь за прелюбодеяние, но один кади назначил это наказание, за что был лишён должности<sup>128</sup>. Тимур (Тамерлан) говорил, что он в своей политике учитывал не только шариат, но и нравы и обычаи, и указывал на необходимость такого подхода<sup>129</sup>. В.О. Бобровников показал, что имам Шамиль (шафиит), стараясь упрочить позиции шариата, тем не менее, опирался и на кавказские обычаи, иногда даже ограничивая соответствующим образом прямые нормы Корана и сунны<sup>130</sup>. Наконец, Муаммар аль-Каддафи в «Зелёной книге» настаивал, что именно религия и обычай как «закон общества», его «непреходящее наследие» являются истинной конституцией и выше любых писанных конституций. По его мнению, религия основывается на обычаях, а обычаи являются естественным правом, которое, в отличие от принимаемых законов, «налагает моральные, а не материальные меры наказания, не умаляющие достоинства человека», и обеспечивается социальным контролем<sup>131</sup>.

Доктрина аль-Каддафи получила воплощение и в законодательстве периода его правления: конституцией Ливии был объявлен Коран, а законодательством допущено широкое применение обычаев. После революции 2011 года законодательство понизило статус обычая, подчинив его шариату. Обычай рассматривается как субсидиарный источник по отношению к шариату или даже фикху и в других странах (например, в Йемене). Но есть и другие подходы. Так, в Судане обычай и шариат приравняются. В Египте Гражданский кодекс 1948 г. поставил обычай на второе место после законодательства и только потом — шариат, что вызвало большую критику (в итоге в 1970-е гг. в конституции Египта

<sup>127</sup> Hallaq W. B. Shari'a... P. 216–217.

<sup>128</sup> Роз М. Ислам. право. С. 155.

<sup>129</sup> Сравн. правоведение: нац. правовые системы. Т.3. С. 466–481.

<sup>130</sup> Бобровников В. О. Мусульм. право и обычай... С. 61–67.

<sup>131</sup> Каддафи М. Завещание. М., 2012. С. 28, 30–31.

закрепился приоритет шариата). В гражданском кодексе Османской Империи («Маджалла»), принятом в 1876 г., впервые были закреплены принципы фикха, в частности, посвящённые обычаю, включая вопросы применения лингвистических конвенций (они приведены в приложении 2 к настоящей работе). Законодательства других государств (Ирак, Судан и др.) также закрепили некоторые принципы фикха<sup>132</sup>.

Интересно, что именно обычай стал средством, с помощью которого факихи, начиная с Рашида Риды, осмысляя исламское право, пытались противодействовать излишнему заимствованию идей западного права светскими законодателями<sup>133</sup>.

Справедливо указывается, что среди мусульманского населения обычай продолжает играть большую роль, иногда сильно ограничивая фикх. Однако было бы упрощением противопоставлять обычаи и фикх у этих народов. С одной стороны, нередко сам фикх становится обычаем, получая ещё более прочное обоснование в правосознании мусульман. В качестве примера можно привести Турцию, превращение которой в светское государство долго не встречало понимания у населения; то же самое касается и других государств, где пытались ввести светское законодательство, но фикх и обычай сохраняли действительность и действенность среди населения. В.О. Бобровников показал, что в Дагестане XVIII-XIX веков некоторые обычаи на социальном уровне изменялись под влиянием шариата, а в некоторых документах нормы исламского права иногда закреплялись даже без указания источника их происхождения. Любопытно, что дагестанцы в договорах между общинами, закрепляя письменно нормы обычного права, фактически легитимировали их путём присяги на соблюдение договора, заключавшейся в чтении определённого коранического стиха (аята)<sup>134</sup>. А.И. Ковлер замечает, что мусульманин – «правовой человек», и исследования В. Халляка подтверждают этот тезис относительно средневековых мусульман, которые настолько хорошо знали исламское право, что могли участвовать в

---

<sup>132</sup> Колесников П. М. Мусульманское право в правовых системах исламских государств: тенденции, современное состояние и перспективы развития // Право и политика. 2011. № 2. С. 140–149; Сюкияйнен Л. Р.: 1) Конституционный статус шариата...; 2) Фикх – источник современного права...; Shabana A. Custom and Modern Constructions of Sharī'a...

<sup>133</sup> Shabana A. Custom and Modern Constructions of Sharī'a...

<sup>134</sup> Беккин Р. И. Мусульм. право... С. 261; Бобровников В. О. Мусульм. право и обычай... С. 53–61, 236–237; Дамирли М. А. Сравн. ислам. право... С. 68–75.

судебных заседаниях без обращения за помощью к адвокатам<sup>135</sup>. С другой стороны, мусульмане нередко считают свои обычаи частью шариата<sup>136</sup>. Конечно, такое восприятие ошибочно, и обычаи, если они не противоречат исламу, можно отнести к исламскому праву, а не к шариату, но упомянутая тенденция говорит, скорее, не о стремлении мусульман противопоставить себя фикху (включая его шариатские основы), а о желании сблизить обе системы, о восприятии исламского права как единой правовой системы.

Социальная практика и фикх-доктрина на протяжении многих веков вырабатывали и развивали весьма неоднозначный, но интересный инструмент, призванный внешне сблизить социальную практику и фикх, не затрагивая обычаи. Речь идёт о юридических уловках (хиял), вызывающих споры в исламской науке. В частности, они позволяют, внешне соблюдая запрет ростовщичества, фактически им заниматься в рамках фиктивных договоров купли-продажи и некоторых других. Причём некоторые из этих сделок, легально существовавшие много веков, со временем были модифицированы так, что из разрешённых превратились в запретные уловки. Хотя, надо отметить, не все хиял ведут к запрещённому, на что указывал даже ибн Каййим, ученик ибн Таймийи<sup>137</sup>. С точки зрения исследований обычаев данный феномен интересен тем, что поднимает вопрос о действительности обычая. Ведь обычай основан на общем убеждении в его общеобязательности, а в случае с хиял лица осознают противоречие своих действий фикху. Учитывая, что исламские юристы предлагают более прямые и законные пути выхода из затруднения, основанные на толковании текстов и доктрины, но их предложения не всегда встречают поддержку у банкиров предпринимателей, возникает вопрос: из чего исходят участники подобных уловок – из убеждения в общеобязательности обычая или из желания получить выгоду? Иными словами, действителен ли соответствующий обычай? Исследование хиял в заданном ключе может уточнить наши представления о природе, действительности и действенности обычаев.

<sup>135</sup> Ковлер А. И. Антропология права. С. 233; Hallaq W. B. Shari'a... P. 164–175.

<sup>136</sup> Сравн. правоведение. С. 68.

<sup>137</sup> Бизюков С. Н.: 1) Правовые уловки в исламском праве...; 2) Юридические уловки в исламском праве: путь от Средневековья до XXI века // Право. ВШЭ. 2014. № 3. С. 31–54; Schacht J. An Introduction... P. 78–83.

## 1.5. Вывод

Изложенное в данном параграфе заставляет согласиться не только с тезисом об ошибочности противопоставления теории и практики исламского права обычаю, но и с мыслью К.Ю. Алимжаном, что в мусульманском праве вообще и в исламском в частности очень силён обычно-правовой аспект<sup>138</sup>. Недаром Л. ван ден Берг и С. Балич признавали обычай пятым источником права после шариатских текстов, *иджма'* и *кияса*, а Р. Леже интуитивно приблизился к верной оценке, назвав доктрины суннитов и шиитов обычаями<sup>139</sup>. Причина такой связи, оказавшей исламскому праву добрую услугу, кроется не в его мнимой архаичности, а в высокой ценности устного слова в глазах факихов. Ещё одной особенностью исламского права является его устремлённость к фундаменту, попытка привязать даже обычаи если не к определённому времени, то хотя бы к фактам, действительное наличие которых презюмируется; любой обычай должен основываться на взвешенном суждении, знании и умеренности. Наконец, применение *'урфа* и *'ада* было как непосредственным, так и опосредованным приёмами толкования.

## § 2. Обычай в дальневосточной правовой семье

### 2.1. Доктринальные положения

Отмечается, что на менталитет, правосознание и правовую политику и практику китайцев основное влияние оказали доктрины конфуцианства и легизма (*фа-цзя*), но, справедливости ради, нужно отметить весомое влияние философии даосизма<sup>140</sup>. Из перечисленных философских школ в Японии больше всего распространилось конфуцианство<sup>141</sup>. Кроме того, доктринальное практическое влияние в названных странах имел и буддизм. Сразу отмечу, что последний благосклонно относился к обычаям. Сам Будда указывал на зависимость благополучия общества от соблюдения старых обычаев, и, распространяясь на

<sup>138</sup> Алимжан К. Ю. Вопросы теории обычного права . С. 242–245; Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура.

<sup>139</sup> Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала... С. 16; Роз М. Ислам. право... С. 90.

<sup>140</sup> Бехруз Х. Сравнительное правоведение: учеб. для ВУЗов. Одесса; М., 2008. С. 120; Ишкуватова Л. М. Категории «Ли» и «Фа» в правовом поле традиционного Китая // Вестн. Омского гос. пед. ун-та. 2015. № 3 (7). С. 20–23; Козлихин И. Ю. Китайская правовая традиция // Вестн. С.-Петербург. ун-та. Право. 2016. № 3. С. 4–13; Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутригос., наднац. и междунар. измерения. Коллектив. моногр. СПб., 2018. С. 8.

<sup>141</sup> Цзоу Хун. Влияние конфуцианской идеи ритуала "ли" на идеологию и культуру народов Кореи и Японии // Вестн. Читин. гос. ун-та. 2011. № 10 (77). С. 8–13.

Дальнем Востоке, буддизм адаптировался к местным порядкам и стремился легитимизироваться через осмысление конфуцианства и даосизма<sup>142</sup>.

По мнению некоторых исследователей, китайская философия права (за исключением легистской) исходит из существования и приоритетности естественного права, выражением которого является дао<sup>143</sup>. Такой вывод объясним, если учесть традиционную китайскую концепцию Небесного мандата (своего рода благословения, санкции Неба на управление страной), ссылки на «волю Неба», а также космогонический подход, лежащий в основе философии права, подразумевающий соответствие поступков людей всемирной гармонии, недопустимость её нарушения<sup>144</sup>. Но описанная позиция требует уточнений.

Единственной встретившейся мне прямой отсылкой к естественному праву в донеоконфуцианских доктринах была цитата из «Книги истории» («Шан шу») о «ниспослании Небом Великого закона в девяти разделах»<sup>145</sup>. Вместе с тем, отмечается, что конфуцианцы не считали дао (путь Неба) непосредственно действующим в обществе<sup>146</sup>. Действительно, для китайской философии и истории традиционно утверждение, что эталонные социальные нормы были созданы установлениями древних мудрецов, вдохновлявшихся природой и желавших упорядочить отношения, или стихийной деятельностью людей, искавших средства удовлетворить свои естественные потребности; ханьские философы Дун Чжун-шу и Хань Юй даже указывали на необходимость «обработки» естественного порядка вещей разумом<sup>147</sup>. Наиболее чётко разделение между природой и результатами человеческой деятельности провёл конфуцианец III в. до н.э. Сюнь-цзы Куан (и с ним согласился японский мыслитель XVII-XVIII в. Огю Сораи), различавший естественное дао (закономерности) и дао людей,

<sup>142</sup> Малявин В. В. Китайская цивилизация. М., 2001. С. 248–251, 255–257; Сравн. правоведение: нац. правовые системы. Т.3. С. 282–296.

<sup>143</sup> Материалы по китайской философии: введение. Школа Фа. Хань Фэй-Цзы. СПб., 1912. С. XXIII–XXXIV; Сравн. правоведение: учеб. пособие. С. 88–89; Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 131.

<sup>144</sup> Бехруз Х. Сравн. правоведение. С. 176–177; Давид Р. Основ. правовые системы... С. 439–440; Малышева Н. И. Легитимация, легитимность и легальность права в китайской правовой системе // Рос. журн. правовых исслед. 2018. Т. 5, № 2 (15). С. 152–157; Саидов А. Х. Сравн. правоведение... С. 323, 329–330; Цвайгерт К. Введение в сравн. правоведение... С. 431–433.

<sup>145</sup> Кучера С. История, культура и право древнего Китая. М., 2012. С. 367.

<sup>146</sup> Бехруз Х. Сравн. правоведение. С. 178; Саидов А. Х. Сравн. правоведение... С. 323.

<sup>147</sup> См., напр., Гране М. Китайская мысль от Конфуция до Лаоцзы. М., 2008. С. 378–379; Древнекитайская философия: собр. текстов. Т. 2. М., 1973. С. 101–102, 105–108, 115–119; Древнекитайская философия. Эпоха Хань. М., 1990. С. 79–80, 116–118, 149, 207, 209, 217, 220, 432; Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 191, 379; Материалы по кит. философии... С. XXI–XXII, XXV; Мэнцзы в новом переводе с классическими комментариями Чжао Цы и Чжу Си. М., 2016. С. 338–339, 394.

представлявшее собой систему социальных норм, созданных древними мудрецами для преодоления злой природы человека<sup>148</sup>. Разграничение между природой и нормированием отношений менее очевидно у даосов, что даёт основание относить их философию права к юснатурализму<sup>149</sup>. Но вернее сказать, что они выступали за естественность поведения, их идеал – общество, где никто не рассуждает о должном, созданном, по их мнению, как раз произвольными установлениями мудрецов. Вместе с тем, как видно из отдельных пассажей «Чжуан-цзы» и «Хуайнань-цзы», они полагали, что дао, которое само по себе не действует и не намеревается действовать, в мире людей не может распространиться без воплощения в действиях человека и даже в осмыслении дао в нормативном ключе. «Хуайнань-цзы» (книга, соединившая в себе идеи даосов, конфуцианцев и легистов) даже заявляет, что законы родились среди людей, а не созданы Небом и Землёй<sup>150</sup>. Таким образом, природа только открывала путь для созидания человеком и служила образцом<sup>151</sup>. Соглашусь, что дальневосточная философия права не придерживалась идеи юснатурализма, оговорившись, что юснатурализм всё же был отчасти присущ некоторым неоконфуцианцам, считавшим, что социальные принципы объективно существуют в виде предвечного разума, познаются путём обращения к собственному «я» или чувственному познанию природы<sup>152</sup>.

Центральными понятиями дальневосточной философии, связанными с нормативной стороной традиции, были ли (яп. ри), вэнь и дао. Ли, наиболее многогранное понятие, лингвистически выражается как «принцип», «правило», «церемония», «закон», «благопристойность», «разум», «идеал», «истина». Строго говоря, ли обозначалось разными иероглифами, один из которых этимологически связывался со знаком размежевания полей (что отразилось на философском

<sup>148</sup> Маранджян К. Г. О влиянии учения Сюнь-цзы на японского мыслителя Огю Сорай // Письм. пам. и проблемы истории культуры народов Востока. XVI годич. науч. сб. ЛО ИВ АН СССР (докл. и сообщ.). Ч. 1. М., 1982. С. 113–117; Феоктистов В. Ф. Философские и общественно-политические взгляды Сюнь-цзы: исслед. и пер. М., 1976. С. 70–84, 191–192, 214–220, 253, 256–263, 275–276.

<sup>149</sup> Бехруз Х. Сравн. правоведение. С. 177–178; Ишкватова Л. М. Категории «Ли» и «Фа»...; Лян Минь Янь. Теории государственного управления в правовых учениях Китая // Вестн. Омского ун-та. Сер. Право. 2012. № 1 (30). С. 26–30.

<sup>150</sup> См., напр., Антол. мировой правовой мысли. С. 501; Хуайнаньцзы: философы из Хуайнани. М., 2016. С. 22, 35, 132; Чжуан-цзы: Даосские каноны. М., 2002. С. 64.

<sup>151</sup> Гране М. Кит. мысль... С. 217–218, 234, 26–266, 283; Материалы по кит. философии... С. XXVI.

<sup>152</sup> Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 183, 218–219; Haley J. O. Authority without Power: Law and the Japanese Paradox. New York; Oxford, 1994. P. 15.

восприятию ли как способа нормирования), но любовь китайцев к игре слов позволяла, сблизив их, обнаружить взаимосвязь их значений, что и сделал Чжу Си (XII в.). Вэнь имело значения «культура», «искусство», «литература», «письменность» (последнее связывалось с этимологией этого понятия, изначально возводимого к «узору Небес», вышивке и т.д.)<sup>153</sup>.

Терминологически ли обозначало правила поведения в обществе (будь то обряды, ритуалы, церемонии или, как у неоконфуцианцев, принципы должного, предписанные самим Небом и содержащиеся в сердце человека), и воспринималось как существующее издавна<sup>154</sup>. Одни учёные считают, что ли шире обычного права, поскольку включает такие обобщённые или даже моральные категории, как сыновняя почтительность (сяо) и человеколюбие (жэнь), а другие полагают, что ли нельзя отнести к обычному праву, поскольку его нормы имели рекомендательный характер и должны были обеспечиваться государственной санкцией<sup>155</sup>. Первое мнение можно скорректировать с опорой на концепцию института-установления (О. Вайнбергер)<sup>156</sup>. Названные обобщённые категории, являются институтами: одни, как сяо, имеют не только общую социальную санкцию, но и подробную регламентацию ли, другие, как жэнь, не имея детализации (так, жэнь проявляется через эмоциональный интеллект, обусловленный симпатией), санкционируются ли как общеобязательные, т.е., например, как указывал Кун-цзы Цю (Конфуций), человек должен обладать жэнь и развивать его в себе, что и является правилом ли, тогда как само жэнь является совокупностью чувств и действий<sup>157</sup>. Второе мнение опровергается анализом Л.С. Васильева, а также тем, что нарушение правил ли, имевших широкое общественное признание, каралось по установленным социумом санкциям, включая общественный ostracism, практиковавшийся крестьянами<sup>158</sup>. Последний

<sup>153</sup> Духовная культура Китая: энцикл. Т. 1. Философия. М., 2006. С. 192, 295, 297.

<sup>154</sup> Классическое конфуцианство. Т. 1. СПб.; М., 2000. С. 73–82; Кобзев А. И. Философия китайского неоконфуцианства. М., 2002. С. 164–176; Конфуций. Лунь юй. М., 1998. С. 174–175; Цзоу Хун. Эволюция содержания понятия ритуала «ли» в китайской литературе // Гуманитарный вектор. 2011. № 2 (26). С. 145–149.

<sup>155</sup> Ишкуватова Л. М. Категории «Ли» и «Фа»...; Этика и ритуал в традиционном Китае: сб. ст. М., 1988. С. 299.

<sup>156</sup> Кондуров В. Е. Правовые институты и нормы: проблема действительности и действенности права в юридическом институционализме // Труды Ин-та гос-ва и права РАН. 2019. Т. 14, № 6. С. 95–144.

<sup>157</sup> Рыков С. Ю. Долг или справедливость: еще раз о термине «и» в древнекитайской философии // История философии. 2015. Т. 20, № 2. С. 22–46.

<sup>158</sup> Кучера С. История... С. 382; Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. С. 597; Штейн В. М. Гуань-цзы: исслед. и пер. М., 1959. С. 122–123; Этика и ритуал... С. 173.



пример показывает ошибочность позиции, что нормы ли распространялись только на представителей высших классов: последние отличались лишь тем, что должны были неукоснительно следовать даже мельчайшим деталям. Между прочим, «Ли цзи», учебник-сборник норм ли, признанный общеобязательным обычно-правовым путём, был написан на простом языке, чтобы его смог понять не только учёный<sup>159</sup>. Здесь прослеживается разница между ли и вэнь. Кун-цзы констатировал, что простой люд можно заставить исполнять нормы, но нельзя ожидать понимания их смысла (поэтому от всех требуется минимум – исполнение ли), тогда как представители высших классов имеют возможность и должны изучать и осмыслять ли, вникая в его суть, обогащая его претворение, что и относится к области вэнь. Если проводить параллель с целями шариата, то вэнь можно отнести к вспомогательным благам: по Кун-цзы, заниматься вэнь нужно, но сперва необходимо научиться исполнять базовые правила (например, сяо). Вэнь связывалась с письменностью (а Чжу Си видел в ней конкретизацию и формализацию предвечных ли-принципов), но точнее сказать, что она была не текстами, а тем, что тексты передают, в частности, та традиция, которую имел в виду Кун-цзы, говоря о себе как о хранителе вэнь, перешедшей ему от древних ванов; это имел в виду и японский учёный Накаэ Тодзю (XVII в.), заметивший, что Кун-цзы знал содержание учения, хотя и не читал «Лунь юй». Поэтому проверка знания будущим чиновником литературы была проверкой знания традиционных методов управления<sup>160</sup>. Японские философы восприняли неоконфуцианское понимание ли как естественно существующих принципов, с чем связано ёри – источник права, используемый в смысле принципов права, определённый Миура Байэном (XVIII в.) как разум, господствующий над всеми универсальный закон. Классическая конфуцианская концепция ли повлияла на понимание гири<sup>161</sup>.

Общеобязательность ли и других норм традиции обуславливалась его установленностью древними царями, хотя было понимание, что некоторые

<sup>159</sup> Цыренов Ч. Ц. Трактат Гуань Чжуна «Гуань-цзы», его место и роль в культурной традиции древнего Китая. Улан-Удэ, 2013. С. 52–53; Этика и ритуал... С. 173.

<sup>160</sup> КласС. конфуцианство. С. 84–94, 96, 136, 345–346; Кобзев А. И. Философия кит. неоконфуцианства. С. 182–183; Конфуций. Лунь юй. С. 300, 357–360; Мартынов А. С. Конфуцианство. «Лунь юй»: пер. А. С. Мартынова. Т. 2. СПб., 2001. С. 85–86; Накаэ Тодзю. Беседы со старцем // Памятники письменности Востока. 2014. № 1 (20). С. 31–37.

<sup>161</sup> Радуль-Затуловский Я. Б. Конфуцианство и его распространение в Японии. М.; Л., 1947. С. 274–296, 327–343; Саидов А. Х. Сравн. правоведение... С. 207–208; Noda Y. Introduction to Japanese law. Tokyo, 1976. P. 187.

правила созданы стихийно людьми, о чём упоминалось выше. Однако, поскольку, в отличие от сунны, в основу обязательности традиционных норм ложились установления не одного конкретного, а разных мудрецов, философам ненужно было столь же скрупулёзно выяснять их относимость к конкретным лицам: достаточно установить по книгам и преданиям, что некоторый факт имел место и был связан с совершенномудрыми, и он уже становился правилом или поучением (поэтому одно и то же деяние могли приписывать разным акторам). Если фикх апеллирует к фундаменту, которому должна соответствовать вся традиция, то китайцы для обоснования традиционалистских или даже антитрадиционалистских идей ссылаются на древность (гу), через которую можно было познать современность (по Дун Чжун-шу, древность и современность проникают друг в друга). Гу не имело определённых временных рамок. Например, для классического конфуцианства древностью были времена от мифических царей до основателей династии Чжоу, Ли Гоу (XI в.) добавлял династию Хань. Эту аморфность рамок древности заметили, например, моисты и Ли Чжи (последователь неоконфуцианства, даосизма и буддизма (XVI в.)), который писал, что когда-нибудь и его время станет древностью. Но более глубокая древность была авторитетнее более близкого времени<sup>162</sup>.

Установленность традиционных норм древними ванами не лишала их обычно-правовой природы, что было связано, в частности, со значением понятия «установление» (чжи). Во-первых, к чжи относились как законы, так и поступки и высказывания ванов. Во-вторых, различали установления отдельных царей (фа чжи), эталонность которых ещё нужно было выяснить, и ван дао (путь ванов, аналогичен сунне в исламе) – абстрактное понятие, обозначающее дух, принципы традиции, конкретизируемый образцовыми установлениями (ханьский конфуцианец Лу Цзя говорил также о передаваемом «искусстве дао» (шу дао), включавшем накопленные заслуги и добродетели)<sup>163</sup>. Есть несколько способов

---

<sup>162</sup> Древнекитайская философия: собр. текстов . Т. 1. М., 1972. С. 193; Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 111, 152; Конфуций. Лунь юй. С. 177–178; Лапина З. Г. Учение об управлении государством в средневековом Китае. М., 1985. С. 217–219; Мартынов А. С. Конфуцианство... Т. 2. С. 367–369; Руденко Н. В. Обзор философского содержания цзюаня 3 "Книги для сожжения" Ли Чжи // О-во и гос-во в Китае. 2017. Т. 47, № 2. С. 460–503; Рыков С. Ю. Концепция нововведения (цзо) в моизме (с переводом глав Цы го и Фэй жу ся из Мо-цзы) // О-во и гос-во в Китае. 2017. Т. 47, № 2. С. 412–459.

<sup>163</sup> Лапина З. Г. Учение об управлении... С. 221–222; Старостина А. Б. "Новые речи" Лу Цзя: опыт перевода и лингвофилологического комментирования // Шаги-Steps. 2018. Т. 4, № 1. С. 191–221.

передачи дао. Первый – дао тун, т.е. передача через длительные периоды мудрецами норм и институтов (вэнь-культуры), смысл которой заключался в осмыслении традиции через её объяснение, а не через создание (поэтому, по конфуцианцу Хань Юю (VIII-IX вв.), слова передатчика должны быть чёткими и ясными); в конфуцианстве первым о дао тун писал Мэн-цзы, но Шэнь Бу-хай, его старший современник, обычно относимый к легистам, но больше похожий на даосского политического мыслителя, также фактически описал дао тун, заметив, что передающие путь мудрецы воспринимаются «стоящими плечом к плечу» (непрерывность традиции), хотя между ними – сотни лет<sup>164</sup>. Другой способ, по Сюнь-цзы, заключается в отражении человеческого дао в установлениях более поздних ванов (фа хоу ван). Третий способ – вхождение норм в сознание и практику населения, описываемое Мэн-цзы Кэ, «Хуайнань-цзы», Ян Сюном как появление у людей убеждения в обязательности определённых установлений, крепнущего с веками, хотя суть установлений при этом способе замутняется. Сюнь-цзы отмечал, что нормы и институты, которые на протяжении веков практически не оспаривались ванами и людьми, становятся постоянным дао, т.е. не дерогируются фактическим неприменением или нарушением, даже если такое «отбрасывание» дао длится целые эпохи. Таким образом, Небо «слышит ушами жителей Поднебесной», «выражает самосознание божественного «я» японцев»<sup>165</sup>. Наконец, во избежание искажений при устной передаче, ли и вэнь постоянно записывали и разъясняли в книгах<sup>166</sup>.

Для китайцев определить действительность традиционных норм значило отнести их к образцовой деятельности и определить их релевантность современности. Конфуцианцы, в целом, презюмировали релевантность деяний совершенномудрых, «записанных на бамбуковых планках». Но нельзя согласиться, что они представляли мир и нормы неизменными, другое дело, что для них приоритетным было толкование известных норм (отсюда – обилие ссылок

<sup>164</sup> Духовная культура Китая. Т. 1. С. 236–237; Искусство управления. М., 2003. С. 120; Мэнцзы... С. 806–809; Старостина А. Б. Конфуцианская концепция передачи Пути в работах Хань Юя // Ориенталистика. 2020. № 3 (1). С. 70–83.

<sup>165</sup> Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 208, 214; Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 106; Мэнцзы... С. 258–259; Радуль-Затуловский Я. Б. Конфуцианство... С. 124–127; Феоктистов В. Ф. ФилоС. и обществ.-полит. взгляды... С. 147–148, 220; Хуайнаньцзы... С. 154.

<sup>166</sup> Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 214, 431; Накаэ Тодзю. Беседы со старцем; Хань Юй. Избранное. М., 1979. С. 85.

в их сочинениях на канонические тексты с обязательным пояснением). С другой стороны, уже в классических книгах есть идея, что правила ли различны: одни устанавливают принципы (и их категорически нельзя менять), другие детализируют (и они могут быть изменены при изменении обыкновений и обычаев, если это будет целесообразно)<sup>167</sup>. Критерии моистов: подтверждаемость нормы известностью среди населения, её применимость в современных условиях и полезность, понимаемую как соответствие принципу всеобщей любви и способность удовлетворить необходимые потребности (но не более того, так как они выступали против роскоши); их подход поддерживали некоторые ханьские философы (например, Чжун-чан Тун). Эта позиция подразумевала открытость к нововведениям, чтобы «хорошего становилось всё больше»<sup>168</sup>. Философы из Хуайнани считали, что действия, обусловленные конкретными обстоятельствами, а также дурные поступки или проявления необычайной добродетели нельзя воспринимать как образец, так как перетекание их в обычай может приводить к абсурдным или вредным последствиям<sup>169</sup>. По мнению авторов «Чжуан-цзы» и легиста Хань Фэя, действительность ли, ставящуюся в зависимость от относимости к древним, нельзя установить, поскольку нет достоверной информации<sup>170</sup>. Ли Чжи, соглашаясь с тезисами о контекстуальности поступков и недостоверности сведений о древности, полагал, что единственный надёжный критерий установления норм ли – сердце, не замутнённое следованием установленным среди людей мнениям и правилам (такое «детское сердце» не должно было равняться даже на здравый смысл)<sup>171</sup>.

Ли воспринималось как воплощение справедливости (недаром конфуцианец VIII в. Хань Юй писал, что справедливость правоприменения удостоверяется обращением к книгам, которые как раз были свидетельствами ли и вэнь), а следование ему воспринималось как проявление человеколюбия, поскольку

<sup>167</sup> См., напр., Конфуций. Лунь юй. С. 363.

<sup>168</sup> Древнекит. философия... Т. 1. С. 196, 198–199; Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 358; Рыков С. Ю. Концепция нововведения...; Феоктистов В. Ф. ФилоС. и обществ.-полит. взгляды... С. 49–50.

<sup>169</sup> Хуайнаньцзы... С. 257, 451.

<sup>170</sup> Материалы по кит. философии... С. 309–310; Чжуан-цзы... С. 153.

<sup>171</sup> Арчугова А. С. Ли Чжи (1527-1602): концепция "Детского сердца" // Социология. 2019. № 6. С. 151–156; Руденко Н. В.: 1) Манифест о свободе благопристойности: «Разъяснение четырёх «Нельзя»» Ли Чжи // Восток. Афро-азиатские общества: история и современность. 2018. № 1. С. 167–183; 2) Обзор филоС. содержания цзюаня 3...; 3) «Эссе о детском сердце» (Тунсинь шо): пер. и анализ филоС. идей // Вестн. Новосиб. гос. ун-та. Сер. История, филология. 2015. Т. 14, № 4. С. 180–186.

отсутствие регламентации ли вело к хаосу<sup>172</sup>. Конфуцианцы единодушны в том, что ли – лишь средство, формализация таких проявлений чувств, как жэнь и чувства долга и справедливости (и), призванная дисциплинировать и обеспечить понимание людьми друг друга (как вытекает из канона «Чжун юн», искренность должна получать форму, обеспечивающую её проявление вовне, благодаря чему становятся ясными намерения, после чего возможна всякая деятельность). Кун-цзы и конфуцианцы многократно указывали на примат внутреннего над внешним и отмечали, что жэнь без ли ведёт к дикости, а ли без жэнь – к фальши<sup>173</sup>. Хань Фэй, соглашаясь с Сюнь-цзы, что ли является лишь оформлением («узором») сущности поступков, считал его ненужным, мешающим проявлению подлинных чувств. Хань Фэй полагал, что деятельность и законодательство должно основываться на ли-принципах, но и им было отказано в незыблемости (например, по Хань Фэю, будучи полезным в одни времена, в другие оказывается вредным)<sup>174</sup>. Легист Шан Ян относил ли к «паразитам», лишаящим народ простоты<sup>175</sup>.

Нельзя сказать, что даосизм отвергал концепцию ли: он так же, как и конфуцианство, выступал за следование традиции<sup>176</sup>, но осмыслял её сквозь призму идеи недеяния (у вэй), обозначающую не полное бездействие, а отказ от активных, нарочитых или поспешных действий. В «Чжуан-цзы» и «Хуайнань-цзы» есть пассажи, осуждающие необоснованные и поспешные нововведения, и даже рекомендации перенимать, а не стремиться установить новое. И, неоднократно осуждая древних мудрецов, привнесших в беззаботную жизнь с её «безыскусными» обычаями детальные правила, даосские авторы отвергают предложения о полном возврате к первоначальному состоянию. Традиционные правила для них приемлемы постольку, поскольку они воспринимаются в обществе как естественные (по сути, указание на эволюцию социальной нормы от воспринимаемой как новшество до воспринимаемой как само собой

<sup>172</sup> Конфуций. Лунь юй. С. 295–296; Ли Сюй. Концепция справедливости в философских школах древнего Китая // Преподаватель XXI век. 2013. № 1–2. С. 232–238; Лян Минь Янь. Теории гос. управления...; Цзоу Хун. Эволюция содержания понятия ритуала...; Хань Юй. Избранное. С. 81.

<sup>173</sup> Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 205; Конфуций. Лунь юй. С. 317, 318, 347; Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу»). М., 2004. С. 140.

<sup>174</sup> Материалы по кит. философии... С. 111–137; Феоктистов В. Ф. Филос. и обществ.-полит. взгляды... С. 218–219, 223–224.

<sup>175</sup> Книга правителя области Шан. С. 151, 157, 162, 192.

<sup>176</sup> Ишкуватова Л. М. Категории «Ли» и «Фа»...

разумеющееся). Этот подход связан с концепциями тянь жань (естественный порядок) и цзы жань (то, что создано человеком и органически вписывается в природу). Правила должны обеспечивать эффективную коммуникацию в обществе (мудрец общается с помощью правил), облегчать жизнь. Они вызваны необходимостью, связанной с сосуществованием людей, подобную той необходимости, с которой сталкиваются выброшенные на сушу рыбы, вынужденные смачивать друг друга для спасения жизни, тогда как в воде они друг в друге так остро не нуждаются (образ Чжуан-цзы). Интересно, что о церемониях, не воспринимавшихся как естественные (требовавших больших усилий, слишком активных действий) даосы говорили как о новообразных обычаях, называя их «обычаями века», какими бы традиционными эти церемонии ни были<sup>177</sup>.

Разновидностью ли является имя, с чем связана концепция исправления имён (чжэн мин). Речь идёт не только об определении социальных ролей, но и о правильном наименовании вещей, явлений и действий вообще, что призвано обеспечить упорядоченность. По сути, речь идёт о лингвистических конвенциях: по Сюнь-цзы, имена, изначально основывающиеся на реальных вещах, приобретают своё звучание благодаря сложившимся в обществе условностям<sup>178</sup>. Теория моистов ставит имя в большую зависимость от реальности вещей, но это касается лишь теории познания, а употребление конкретных слов уже зависит от повальной практики Поднебесной, которой и нужно придерживаться<sup>179</sup>. Авторы «Хуайнань-цзы» также отмечали, что обычаи, включая лингвистические конвенции, определяют наши представления о сущем, иногда переводя эти представления в суждения о долженствовании, что способствует изменению природы человека<sup>180</sup>. Как отметил М. Гране, для китайцев слово есть дело, что и воплотилось в учении Шэнь Бу-хая, согласно которому государь управляет с помощью имён<sup>181</sup>. Интересно отметить, что, несмотря на книжность китайской

<sup>177</sup> Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 362–364; Хуайнаньцзы... С. 97–98, 219–222; Чжуан-цзы... С. 97, 110, 116–119, 411–412.

<sup>178</sup> Конфуций. Лунь юй. С. 384, 388; Феоктистов В. Ф. филоС. и обществ.-полит. взгляды... С. 107–117.

<sup>179</sup> Древнекит. философия: 1) Т. 1. С. 62–63, 67; 2) Т. 2. С. 72, 83.

<sup>180</sup> Хуайнаньцзы... С. 261.

<sup>181</sup> Гране М. Кит. мысль... С. 30; Искусство управления. С. 119.

культуры, доминирующим способом доказывания стала ссылка на то, что «я слышал»: уши воспринимались как «стражи» мудрости<sup>182</sup>.

Если правила ли являются эталонными обычаями, то мыслители выделяли также неэталонные практики: нравы (фэн) и обычаи (су). Разные мыслители (Мэн-цзы, Сюнь-цзы, Бань Гу и др.) достаточно чётко разграничивали фэн и су: первые относились к природе человека, вторые обуславливались обществом, в котором он живёт. Выделялись разные пути зарождения и формирования обычаев. Чаще всего говорили о подражании определённым авторитетам (чаще всего имелись в виду правители или совершенномудрые). Причину, заставляющую людей подражать другим, видели, как правило, в особых качествах авторитета, привлекающих внимание: глубина познаний, искренность и др. Интересна теория Хань Юя, объясняющая зарождение ли: древние люди, воспринимавшиеся идеализировано, брали в качестве примера для подражания не конкретную личность, а поступки, показавшиеся образцовыми и необходимыми для перенимания на том основании, что первый актер воспринимался перенимающим похожим на него, поэтому было бы стыдно не научиться у него образцовому поведению. С другой стороны, появление дурных обычаев связывалось с подражанием недостойным правителям<sup>183</sup>. Наряду с указанным способом, замечались и другие: по «Хуайнань-цзы», норма рождается из совпадающих мыслей разных людей, после чего люди обнаруживают пригодность этой нормы и превращают её в правило<sup>184</sup>. Согласно моистам, люди либо поступают определённым образом, потому что так ведут себя многие люди, либо открывают для себя новое поведение, превращают его в свою привычку, которую другие люди и перенимают<sup>185</sup>.

Соглашаясь, что Кун-цзы своим учением развил уже существовавшие обычаи, а не предложил свою систему взамен сложившихся норм, и что конфуцианцы, в целом, были сторонниками обычного права<sup>186</sup>, нужно отметить следующее. С одной стороны, в конфуцианских сочинениях, включая каноны,

<sup>182</sup> Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 248–249.

<sup>183</sup> Древние китайцы в эпоху централизованных империй. М., 1983. С. 326–354; Хань Юй. Избранное. С. 39.

<sup>184</sup> Хуайнаньцзы... С. 132.

<sup>185</sup> Древнекит. философия. Т. 2. С. 86.

<sup>186</sup> Козлихин И. Ю. Кит. правовая традиция; Кучера С. История... С. 193; Трощинский П. В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе // Вестн. ун-та им. О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 3 (19). С. 136–146; Хуайнаньцзы... С. 438.

прослеживается мысль, что человек должен знать нравы и обычаи местности (иначе его учёность будет неполной) и следовать им (что предписывалось ли). Ещё существовала концепция хэ (единение, гармонизация через разнообразие), благодаря которой конфуцианцы мирились с местными обычаями, не соответствующими эталону, но способствующими гармонизации отношений<sup>187</sup>. Этому же следовали и даосы, считавшие разнообразие обычаев, в основе которых лежали единые соображения блага, реализацией единого дао<sup>188</sup>. С другой стороны, некоторые философы (например, Ян Сюнь) считали, что управлять нужно едиными нормами ли, с чем не соглашался Ли Чжи, воспринявший даосскую концепцию саморегулирования<sup>189</sup>. Основные философские учения более благосклонно воспринимали старообразные обычаи, не всегда доверяя новообразным, с которыми нередко ассоциировалась порча нравов. Так, философы из Хуайнани, считавшие лишение людей возможности следовать своим обычаям несчастьем и признаком упадка, в то же время порицали угодническое одобрение чиновниками «обычаев захолустий»<sup>190</sup>. Характерно, что конфуцианцы особенно осуждали учение так называемых смиренных, призывавших некритически следовать всем «обычаям века»<sup>191</sup>.

Дальневосточная мысль воспринимает закон, скорее, как образец, который ещё должен пройти легитимацию в обществе<sup>192</sup>. Поэтому легистская идея заведомо общеобязательного закона была новаторской. Как и моисты, легисты нацеливались на унификацию регулирования<sup>193</sup>. И если «Гуань-цзы» рекомендовал основывать законы на традиционных нормах, питая доверие к старообразным<sup>194</sup>, то, например, Шан Ян был склонен рассматривать народ как неразумное дитя, на которое нельзя полностью полагаться. Так, Шан Ян считал, что люди любят порядок, но не доверял социальному регулированию, считая, что общество само порядок не обеспечивает. Шан Ян говорил лишь об учёте обычаев,

<sup>187</sup> Конфуций. Лунь юй. С. 150–152, 176; Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 241–242; Этика и ритуал... С. 198.

<sup>188</sup> Хуайнаньцзы... С. 157–174.

<sup>189</sup> Древнекит. философия. Эпоха Хань. С. 207; Руденко Н. В. «Статья с суждениями об управлении» и «Суждения о [периоде] Сражающихся царств»: политико-философские эссе Ли Чжи // Ориенталистика. 2019. Т. 2, № 4. С. 983–1006.

<sup>190</sup> Хуайнаньцзы... С. 119–142.

<sup>191</sup> Мэнцзы... С. 800–806.

<sup>192</sup> Давид Р. Основ. правовые системы... С. 440.

<sup>193</sup> Искусство управления. С. 88, 92.

<sup>194</sup> Штейн В. М. Гуань-цзы. С. 206–263.



но обычаи явно не становились обязательным руководством для правителя. Главным образом, речь шла о лингвистических конвенциях: от закона требовалась общепонятность<sup>195</sup>. Шан Ян предлагал четыре тактики борьбы с обычаями: прямой запрет, косвенное воздействие, замену обычая аналогичным законом и временную уступку обычаю, причём, как и другие легисты, он полагал, что правитель сам может отменять или изменять обычай с помощью закона<sup>196</sup>. Соглашаясь с Н.И. Малышевой, что легисты не ставили обязательность закона в зависимость от общественного признания, уточню, что их общей идеей была желательность такого признания для повышения эффективности закона<sup>197</sup>.

Последнюю идею воспринял даосский «Канон Жёлтого Владыки», рекомендовавший (как и «Хуайнань-цзы»), вникать в обычаи, опираясь на них при управлении. Названный документ предлагал следующую программу управления. В первый год управления следовать обычаям подданного народа (чтобы изучить их), затем – проявлять добродетель, чтобы на третий год народ стал состоятельным, на четвёртый год – начать издавать приказы, будучи готовым, что на шестой год народ преисполнится страхом и уважением – и только потом, заверяет автор «Канона Жёлтого Владыки», на седьмой год, можно управлять. Как утверждает документ, такая постепенность позволит управлять, согласуясь с обычаями подданных, благодаря чему народ будет управляться легко<sup>198</sup>.

В XX-XXI вв. доктринальное рассмотрение обычая имеет, в общем виде, две направленности. Первая – традиционная, связана с попытками переосмыслить традицию Китая и Японии. В связи с этим можно упомянуть Лян Шумина, идеалом которого был конфуцианский патриархальный уклад, и Хэ Линя, создавший на основе конфуцианства и немецкой философии концепцию трёх вер: религиозно-нравственной, традиционной (связанной с обычаями и социальными институтами) и повседневно-практической; а также Фукудзава Юкити, в целом, бывший поклонником западных естественно-научных идей, но отстаивавший

<sup>195</sup> Книга правителя области Шан. С. 191–195, 204–208, 235–240.

<sup>196</sup> Там же. С. 141–147, 180–181.

<sup>197</sup> Книга правителя области Шан. С. 183, 188, 191–195; Правотворчество... С. 12; Цыренов Ч. Ц. Трактат Гуань Чжуна... С. 185.

<sup>198</sup> Древние китайцы... С. 338–339; Искусство управления. С. 175–178; Хуайнаньцзы... С. 131.

традиционные нормы Японии на основании их обычного характера<sup>199</sup>. Другое направление в большей степени подпитывается идеями западного правоведения. Здесь нужно упомянуть теоретика административного права Ло Хаоцая, которому принадлежит идея «мягкого законодательства», в орбиту которого включается множество социальных регуляторов, в том числе, и обычаи (по некоторым оценкам, на его теорию оказало влияние конфуцианство)<sup>200</sup>.

## 2.2. Обычай в контексте практики

Идеи легизма воплощались в Древнем Китае на протяжении нескольких сотен лет и достигли кульминации во времена императора Цинь Шихуан-ди. Однако в чистом виде легистская политика по отношению к обычаю оказалось малоэффективной<sup>201</sup>. Один из примеров – это попытка раздробить традиционные большие семьи: соответствующий закон был издан ещё при Шан Яне, а отменён в 117 году н.э. в связи с тем, что не достиг цели<sup>202</sup>. Цинь Шихуан-ди оставил после себя несколько документов, где он утверждал, что ему во время объездов молодой империи удалось отменить нежелательные обычаи, однако в одном из документов он отмечал, что эти обычаи продолжали действовать, в связи с чем он приказывал чиновникам более строго соблюдать соответствующие постановления и запреты<sup>203</sup>. после династии Цинь был достигнут компромисс между конфуцианством и легизмом, а даосизм продолжал оказывать некоторое влияние на ханьских и более поздних философов. Попутно отмечу, что моизм постепенно утратил своё влияние и не смог вполне реализоваться политически, что, видимо, было связано не только со стремлением моистов унифицировать правовую систему, но и с их непримиримой позицией по отношению к ритуалу и музыке, о чём и предупреждали авторы «Чжуан-цзы»: тот самый случай, когда, по словам философов из Хуайнани, добродетель, не укладывающаяся в рамки общепонятного и общепринятого, не может перерасти в обычай<sup>204</sup>.

Р. Давид замечает, что чиновники, назначавшиеся на места, никогда не знали местных обычаев, что дополнительно отвращало китайцев от

<sup>199</sup> Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 223–224; Радуга-Затуловский Я. Б. Конфуцианство... С. 370–374.

<sup>200</sup> Голубева Л. А. Сравн. правоведение. С. 535–536; Ло Хаоцай. Очерки современного административного права Китая. М., 2010. С. 10, 93–94, 96, 100.

<sup>201</sup> Давид Р. Основ. правовые системы... С. 442; Правотворчество... С. 16.

<sup>202</sup> Книга правителя области Шан. С. 99–100.

<sup>203</sup> Древние китайцы... С. 337–338.

<sup>204</sup> Хуайнаныцзы... С. 158–159; Чжуан-цзы... С. 307.

законодательства<sup>205</sup>. Но нужно уточнить: действительно, чиновники из столицы, назначенные или сосланные на окраины, сперва не знали местных обычаев, но нельзя сказать, что они ими не интересовались. Уже упоминалась позиция конфуцианских канонов о необходимости знать местные обычаи, и Чжоу Цюй-фэй, один из чиновников XII в., служивший на южных окраинах, начинает своё сочинение о местных особенностях соответствующей цитатой из «Ли цзи»<sup>206</sup>. Описания и воспоминания Чжоу Цюй-фэя и Фань Чэнь-да, во-первых, показывают искренний интерес этих чиновников к местным обычаям, а во-вторых, даёт некоторые сведения о политике и оценке местных норм су. Будучи достаточно благосклонными к местным обычаям, эти государственные служащие редко прямо критиковали их (чаще выражали удивление)<sup>207</sup>. Не менее интересен эпизод, где представители племени, поклявшись сотрудничать с китайскими властями, заявили, что с врагами китайцев будут расправляться по обычаю кровной мести: император приказал принять эту присягу, иными словами, государство было готово признать данный обычай<sup>208</sup>. И в Китае, и в Японии было принято официально собирать сведения об обычаях страны, и характерно, что воспоминания Чжоу Цюй-фэя и Фань Чэнь-да были оценены как достойные «послужить школярам материалом для бесед»<sup>209</sup>.

Китайское законодательство было, в основном, уголовным и административным, и гражданские правоотношения регулировались обычаями<sup>210</sup>. Вместе с тем, уголовные и административные правоотношения также были тесно связаны с ли. Так, законы средневекового Китая не только устанавливали наказания за «десять великих зол» (нарушение принципиальных правил ли), но и предусматривали норму, согласно которой наказывали «за то, что не следовало делать»: имелось в виду не решение по неограниченному усмотрению, а отсылка к нормам ли, не упомянутым в кодексе. Учитывая правила о трауре, государство

<sup>205</sup> Давид Р. Основ. правовые системы... С. 441.

<sup>206</sup> Чжоу Цюй-Фэй. За Хребтами. Вместо ответов (Лин вай дай да). М., 2001. С. 102.

<sup>207</sup> Там же. С. 288, 374, 397, 403, 414.

<sup>208</sup> Там же. С. 293–294, 406–407.

<sup>209</sup> Малявин В. В. Кит. цивилизация. С. 106; Сравн. правоведение: нац. правовые системы. Т.3. С. 599–605; Чжоу Цюй-Фэй. За Хребтами... С. 41.

<sup>210</sup> Давид Р. Основ. правовые системы... С. 442–443.

оставляло за чиновником, вынужденным покинуть службу в связи с трауром, его служебное место, хотя экономически государству это не всегда было выгодно<sup>211</sup>.

В Японии, можно сказать, обычай всегда сопутствовал законодательству: раннее законодательство включало в себя обычаи Японии, затем с помощью комментариев пытались сблизить законы, созданные по китайскому образцу, с особенностями местной практики, а в средние века обычай и здравый смысл (ёри) активно применялся при разрешении споров и, наконец, в эпоху сёгуната Токугава неоднократно предписывалось придерживаться, наряду с писанным законодательством, «законов предков»<sup>212</sup>. По справедливому замечанию Дж. Хэли (J. O. Haley), японскому законодательству всегда требовалась социальная легитимация, и при этом оно продолжало рассматриваться как ритуальный меч, который не всегда требует применения, поскольку есть эффективные способы социального контроля (что и является одной из причин редкого обращения японцев в суд)<sup>213</sup>. Вагацума Сакаэ и Ариидзуми Тору высказали мнение, что обычай является фактором учёта изменяющихся общественных отношений и помогает в толковании<sup>214</sup>. Японское законодательство требует, чтобы обычаи не противоречили публичному порядку и добрым нравам; согласно акту 1898 г. (ст. 3), такой обычай приравнивается закону, акт 1875 г. ставит обычай в иерархии сразу после закона, а Коммерческий кодекс предписывает в случае отсутствия в нём нормы применять обычай (если согласятся стороны), минуя Гражданский кодекс. Отсюда, обычай в Японии не должен противоречить императивным положениям законодательства, но на деле суды иногда применяют обычаи *contra legem*<sup>215</sup>. Специфическим регулятором является гири: правила взаимоотношений, согласно которым у сторон есть взаимные обязанности, но при нарушении одной из них своей обязанности другая сторона не имеет права жаловаться, хотя в глазах общества нарушитель теряет честь и даже может подвергнуться остракизму. Учитывая, что при этом японцы ориентированы на соблюдение внешних правил поведения под угрозой понести ответственность перед обществом, концепция

<sup>211</sup> Этика и ритуал... С. 301–302, 304–307.

<sup>212</sup> Ерёмин В. Н. История правовой системы Японии. М. 2010. С. 61–126, 131–147, 152; Noda Y. Introduction... Р. 26–31.

<sup>213</sup> Haley J. O. Authority without Power... Р. 24, 116–121, 154, 169–173.

<sup>214</sup> Вагацума С. Гражданское право Японии. Кн. 1. М., 1983. С. 28, 105.

<sup>215</sup> Закон Японии об общих правилах применения законов // Журн. междунар. частного права. 2008. № 4 (62). С. 67–78; Noda Y. Introduction... Р. 217–222.

гири оказывается интересной для исследования правовых конструкций, в частности, проблематики корреспондирования прав и обязанностей<sup>216</sup>. Инако Цунэо оспаривал большую роль гири в Японии, но, во-первых, его аргументы убеждают в обратном, а во-вторых, нужно учитывать, что, как показал Джон Хэли на примере корпораций, правила прежних институтов в Японии экстраполируются на новые институты<sup>217</sup> подобно тому, как Кун-цзы расширил применимость ли с семьи на государство. Как видно из замечания О. Эрлиха об экстраполяции понятия семьи на артели, японский опыт социального расширения понятий, институтов и пр. не уникален<sup>218</sup>.

В современном Китае обычай продолжает играть большую роль, причём часть этих обычаев связана с нормами ли<sup>219</sup>. В 1920-е гг. обычай широко применялся Верховным Судом: частью без изменений, частью с корректировками<sup>220</sup>. С другой стороны, длительное время в КНР суды, применяя закон, отказывались от применения обычая, что иногда встречало активное неприятие в обществе. Чтобы устранить подобные ситуации, в Китае был восстановлен институт медиации (в рамках которого посредник может применять обычаи), раньше традиционно существовавший в рамках семей<sup>221</sup>. В публично-правовой сфере в ряде случаев есть отсылки к обычаям (как правило речь идёт о национальных меньшинствах), а в некоторых случаях обычаи существуют с молчаливого согласия без особой санкции в нормативных правовых актах (например, конституционные обычаи)<sup>222</sup>. Исследователи приводят примеры положений законодательства, закрепляющие традиционные правила (такие, как сыновняя почтительность), причём есть случаи, когда суды применяют эти правила к частным и уголовным правоотношениям, даже если соответствующие принципы прямо не предусмотрены законом (например, ссылаются на

<sup>216</sup> Инако Ц. Современное право Японии. М., 1981. С. 138–152; Noda Y. Introduction... P. 159–183.

<sup>217</sup> Haley J. O. Authority without Power... P. 170.

<sup>218</sup> Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 86.

<sup>219</sup> Ишкватова Л. М. Место категорий «Ли» и «Фа» в правовом поле КНР // Социум и власть. 2016. № 5 (61). С. 107–111; Пашкова Т. В. Источники права китайской народной республики // Пробелы в рос. законодательстве. Юрид. журн. 2008. № 2. С. 89–91; Троцинский П. В. Влияние традиции на право современного Китая // Журн. российского права. 2014. № 8. С. 94–106.

<sup>220</sup> Дудин П. Н. Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг. (предкодификационный период) // Право. Журн. ВШЭ. 2019. № 5. С. 237–253.

<sup>221</sup> Лю Цюэнь. Обычное право в системе источников права современного Китая // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2017. № 4. С. 139–148.

<sup>222</sup> Лю Цюэнь. Обыч. право...; Третьяков К. Н. Конституционный обычай – источник государственного права Китайской народной республики // Право и управление. XXI век. 2010. № 2 (15). С. 92–98.

конфуцианский институт благородного мужа)<sup>223</sup>. Наконец, Гражданский кодекс КНР от 28.05.2020 г. в ст. 10 предусмотрел, что в случае молчания закона применяется обычай, не противоречащий общественной нравственности (т.е. обычай занял подчинённое место), а стороны должны руководствоваться законом и общественной нравственностью (ст. 8)<sup>224</sup>. Полагаю, что общественная нравственность в Китае будет пониматься как правила или институты конфуцианской доктрины.

### 2.3. Вывод

Традиционный подход к обычаю как в Китае, так и в Японии можно кратко выразить словами Кун-цзы: «Я верю в древность». Действительно, дальневосточная концепция права обращена к установлениям предков. Но, в отличие от мусульманской правовой семьи, дальневосточная концепция гу не имеет жёстко определённых рамок, что позволяет переходить непосредственно к познанию социальных норм, не сосредоточиваясь на установлении их достоверности. Главное место в дальневосточной концепции обычая занимает устремлённость к гармонии: гармонии внутри социума и гармонии между людьми и природой. Поэтому, хоть и существует деление обычаев на эталонные и неэталонные, все они могут быть приняты постольку, поскольку служат гармонизации отношений. С одной стороны, для китайской философии права важна детализация норм, а с другой, возможно довольствоваться духом установлений древних, чтобы чувствовать себя частью традиции. Для дальневосточной правовой семьи одинаково важна как передача обычаев через практику, так и передача через книги, потому что социальные нормы оказываются не только средством упорядочения отношений, но и способом познания мира (по аналогии с тем, как создавались сами эти нормы – через познание природы).

<sup>223</sup> Правотворчество... С. 16–20.

<sup>224</sup> Гражданский кодекс Китайской Народной Республики. М., 2020. С. 51.

## Глава вторая

### Обычай в правовых системах Запада

#### § 1. Обычай в англосаксонском праве

Не останавливаясь на древнейшем периоде англосаксонского права, отмечу лишь, что нельзя начало его истории относить к нормандскому завоеванию Англии в 1066 г.: его корни лежат в более глубокой древности. Во-первых, идея «чистой доски» (*tabula rasa*) нереалистична, во-вторых, Вильгельм I Завоеватель обещал местному населению сохранение их обычаев и других старых норм (что, по осторожной оценке Э. Дженкса, не было пустой декларацией), а в-третьих, завоеватели (в частности, судьи), стремясь унифицировать правовое регулирование, создавали новую правовую систему, названную позже общим правом, на основе старых обычаев, прошедших обработку через отбор, применение и толкование в прецедентных решениях и осмысление в некоторых ранних доктринах, изначально играя активную роль в формировании англосаксонской системы права (почему и нельзя согласиться с Р. Давидом, что обычай как основа общего права был лишь фикцией). Последнее обстоятельство вполне подтверждается замечанием Э. Дженкса, что с социальной точки зрения первым судьям было бы затруднительно выносить решения, если они не соответствовали бы обычаям<sup>225</sup>.

Соглашаясь, что англосаксонское право не является правом обычным<sup>226</sup>, следует, вместе с тем, сделать некоторые уточнения. Английские юристы указывают, что английское право делится на писаные и неписаные нормы, и в последние включаются, главным образом, обычаи, причём они, по некоторым оценкам, считаются первостепенными по сравнению с судебным прецедентом (согласно деклараторной теории, судьи не создают право, а толкуют уже

---

<sup>225</sup> Бернам У. Правовая система США. М., 2007. С. 109–110; Давид Р. Основ. правовые системы... С. 258–260, 326; Дженкс Э. Английское право (Источники права. Судостроительство. Судопроизводство. Уголовное право. Гражданское право). М.-Л., 1947. С. 13–21, 29–30; Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. Т. 2: Право. М., 2015. С. 530; Тихомиров Ю. А. Курс сравн. правоведения. С. 122; Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 24.

<sup>226</sup> Давид Р. Основ. правовые системы... С. 326; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 530.

имеющиеся нормы, среди которых важное место занимают обычаи)<sup>227</sup>. А. В. Дайси отмечал, что английская конституция, которая, по восприятию англичан, «не была установлена, а выросла», будучи «плодом не отвлечённой теории, а инстинкта», состоит из норм двух видов: статutow и защищаемых судами обычаев, с одной стороны, и обычаев функционирования политических институтов, называемых соглашениями, с другой, причём он отмечал чрезвычайную важность последних норм для понимания правовой системы Англии; также им и другими исследователями замечено, что некоторые обычаи периодически включались в статуты<sup>228</sup>. Интересно, что Э. Бёрк, критикуя идеи, лёгшие в основу Французской революции 1789 г. и с воодушевлением принятые некоторыми английскими общественными деятелями, использовал (хоть и без претензии на юридическую точность терминологии) для обоснования этой критики, в частности, размышления о нравах и вековых убеждениях (по сути, обычаях) английского народа. Он настаивал, что именно многовековые обычаи внушают людям любовь к политическим и правовым институтам, обеспечивая повиновение им большинства без реального принуждения, тогда как законодательные нововведения неминуемо влекут более активное применение принуждения<sup>229</sup>.

В англосаксонском праве выделяют три вида обычая: обычаи, лёгшие в основу общего права (рассматриваемые как исторический источник формирования права), местные и торговые (купеческие) обычаи. Если рассматривать понятие «общее право» широко, исходя из его унифицирующей функции, то к первому виду обычаев можно отнести и конституционные конвенции, если же сосредоточиться на том, что общее право есть подсистема, основанная на обычаях, созданная судами<sup>230</sup>, то следовало бы говорить, по

---

<sup>227</sup> Кича М. В. Обычай как форма права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях: сравнительно-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 2015. С. 18; Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 161; Сравн. правоведение. С. 44.

<sup>228</sup> Бехруз Х. Сравн. правоведение. С. 354; Дайси А. В. Основы государственного права Англии: введение в изучение английской конституции. М., 1907. С. 3–4, 28–29, 32–35.

<sup>229</sup> Бёрк Э. Размышления о революции во Франции. Лондон, 1992. С. 152–154.

<sup>230</sup> Бехруз Х. Сравн. правоведение. С. 347–348; Давид Р. Основ. правовые системы... С. 261–262; Дженкс Э. Англ. право... С. 21.



крайней мере, ещё об одном виде обычаев – о конституционных обычаях, поскольку не все из них, по словам А. В. Дайси, могут быть защищены в судебном порядке<sup>231</sup>.

В англосаксонской теории права есть понимание, что содержание и обязательная сила обычая зависят от социума, который должен устанавливать их «с общего миролюбивого согласия», подразумевающего общую практику, а не действия, зависящие от воли отдельных лиц в отдельных случаях, и считать обязательным (иначе обычай не будет отличаться от простых правил поведения)<sup>232</sup>. Но данный вывод нельзя считать бесспорным. Так, этатисты (включая Дж. Остину) считают, что сам по себе обычай не более, чем правила морали, а нормами права они становятся лишь благодаря «приказу» суверена, олицетворяющего государство, причём, чтобы примирить эту теорию с тем фактом, что обычаи в обществе считаются общеобязательными и без санкции закона, данные мыслители ввели фикцию молчаливого приказа, т.е. общеобязательность обычая даётся сувереном по умолчанию. Даже те, кто не разделяет этатистские тезисы, полагают, что обычай может быть отменён статутом или правовым прецедентом (Р. Кросс оговаривается, что обычай, имеющий правовой характер сам по себе ещё до ссылки на него судьёй, может быть отменён только статутом). А. В. Дайси, также отнёсший конституционные конвенции не к «праву в строгом смысле слова», а к политической морали или нравственности, считал, что их общеобязательность коренится не в применении правовых или политических санкций (таких, как импичмент) и не в угрозе общественного осуждения, которое, по его мнению, не всегда эффективно предотвращает осуждаемые им поступки (здесь Дайси явно смешивал вопросы сущего и должного, эффективности и общеобязательности, не обращая внимание, что общеобязательность закона сама по себе так же не всегда эффективно предотвращает преступления). Но подход Дайси ближе к социологическому, чем

---

<sup>231</sup> Дайси А. В. Основы гос. права Англии... С. 28, 449–450; Сравн. правоведение. С. 48–49; Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 82–83.

<sup>232</sup> Кича М. В. Обычай как форма права... С. 19–20, 35; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 530; Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 85.

к этатистскому: не считая общеобязательность обычая вытекающей из него самого и ставя её в зависимость от закона, он объяснял, что речь идёт не о прямом санкционировании статутом обычая, а о том, что множество людей, которые из-за нарушения одного обычая одним представителем государства будут вынуждены нарушать целую систему писанных норм, так или иначе связанную с этим обычаем, не пойдут на это нарушение и не будут выполнять распоряжения, не соответствующие соглашению, опасаясь в будущем наказания за своё противоправное поведение. Г. Л. А. Харт, отталкиваясь от критики этатистского подхода, во-первых, указывал, что обычаи развиваются в обществе, проходя последовательно стадии социальной оценки его как возможного, обычного и необходимого, во-вторых, разграничивал привычку и правило по критерию социально обусловленной необязательности первых и обязательности вторых, в-третьих, предлагал усматривать правовой характер лишь за теми обычаями, которые обеспечиваются в случае нарушения физическим воздействием, а обеспечиваемые словесным порицанием считать нормами морали. Наконец, Харт видел залог определённости правил (включая обычаи) во вторичных правилах (правила признания) – своего рода рационализация обычая, выражающаяся в ссылках на его древность, создании документов, отсылающих к обычаю и т.п. В связи с последним интересно замечание Р. Кросса, что условия действительности обычая, о которых будет сказано ниже, укоренены в общественном сознании, что не делает необходимой их фиксацию в актах (речь как раз идёт о правилах признания, которые сами стали обычаем)<sup>233</sup>. Относительно торговых обычаев указывают, что их следует считать, скорее, фактами, чем нормами права, так как в их случае речь идёт об общепринятых условиях контрактов. Вместе с тем, во-первых, рассматриваются как купеческие обычаи именно общепринятые условия, а не условия, включённые в конкретный договор, а во-вторых, международные нормы условий контрактов, обобщаемые и развиваемые на данный момент в рамках Инкотермс, изначально были как обыкновениями, так и обычаями,

---

<sup>233</sup> Дайси А. В. Основы гос. права Англии... С. 416–423; Кросс Р. Прецедент в англ. праве. С. 159–160, 163–166; Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 52–56, 62–64, 92–100.

поэтому купеческое право, основанное как раз на международных правилах торговли, состояло, в частности, и из обычаев. В Англии долгое время торговое право применялось специализированными судами, пока соответствующие полномочия не перешли к судам общего права<sup>234</sup>.

Английские юристы предпочитали формулировать не столько существенные признаки обычая как источника права, сколько признаки, которым он должен отвечать, чтобы быть применённым. Кроме уже упомянутых признаков установленности «общим миролюбивым согласием» и обязательного характера, выделялись ещё следующие признаки: разумность, непротиворечивость общему и статутному праву (необходимо и достаточно было не противоречить принципам права, поскольку, с другой стороны, обычай должен был регулировать отношения иначе, чем общее и статутное право), определённости, согласованности обычаев одной социальной группы, непрерывности (простое неприменение не указывало на перерыв), открытость функционирования (вспоминается проблема хияла). Самые строгие требования предъявлялись к местным обычаям, которые определялись как нормы, распространённые среди населения или представителей профессии на определённой местности. В отличие от торговых и конституционных обычаев, эти нормы должны были возводиться к незапамятным временам, определённым Вестминстерским статутом 1275 г. 1189 годом; на практике древность обычая доказывалась свидетельством старейшего местного жителя и отсутствием доказательств, что он не мог появиться до указанной даты, но, если последнее удавалось доказать, правило статута принималось буквально, и даже старый обычай, появившийся после названной даты, отвергался<sup>235</sup>. Впрочем, кажется, обычай на понятийном уровне вызывал у английских юристов ассоциации со стариной (не обязательно с указанной в статуте): недаром Г. Л. А. Харт, рассуждая о порождённых социумом нормах, предпочёл говорить о

---

<sup>234</sup> Галенская Л. Н. Комментарий к международным правилам толкования торговых терминов «Инкотерм 2010». URL: <https://base.garant.ru/12191664/> (дата обращения: 07.05.2021); Дженкс Э. Англ. право... С. 25–27; Сравн. правоведение. С. 49; Уолкер Р. Англ. судебная система С. 83, 87–90.

<sup>235</sup> Дэйси А. В. Основы гос. права Англии... С. 35–36; Кича М. В. Обычай как форма права... С. 20, 34–35; Кросс Р. Прецедент в англ. праве. С. 161–163; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 533–534; Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 83–87, 90.

первичных правилах поведения, а не об обычаях, сославшись на нежелание ограничиваться данной ассоциацией<sup>236</sup>. Описанный подход англосаксонской теории приводил, в частности, к объяснению недействительности обычая как такового (что требует обращения к социальной практике) через формальные оценки его как абсурдного, неопределённого и т.п.<sup>237</sup>

Выстраивая формальную иерархию источников права, английские юристы ставят обычай на третье или на четвёртое место после судебного прецедента, законодательства и (иногда) международных договоров; Р. Кросс приравнивает обычай и судебный прецедент, ставя их на второе место после статутов. Но тезис о высокой ценности обычая подтверждается тем, что на практике суды применяют не только восполняющие пробелы писаного права обычаи, но и даже обычаи *contra legem*, если они не противоречат принципам права. Такое применение не означает дерогирование обычаям статута: просто суд признаёт, что в конкретной местности действует обычно-правовая норма, регулирующая отношения иначе, чем статут<sup>238</sup>. Ссылки на обычаи встречаются и в современных судебных решениях. Также обычаи не только проходят процедуру статуарного или судебного признания, что в Англии осуществляется централизованно парламентом или высшими судебными инстанциями, чьи решения относятся к обязывающим прецедентам, а в США на уровне актов местного самоуправления, но и открыто функционируют без специальных ссылок в актах (в связи с последним приводится немало примеров конституционных обычаев Англии и США, учреждающих, например, целые государственные институты); рассматриваемый источник регулирует отношения и в иных отраслях права<sup>239</sup>.

В англо-американской теории мне не встречались прямые утверждения, что лингвистические конвенции могут относиться к обычаям. Вместе с тем, они фактически применяются при толковании судами статутов. Так, некоторые

<sup>236</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 96.

<sup>237</sup> Примеры соответствующей аргументации см. в книге: Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 85–86.

<sup>238</sup> Кича М. В. Обычай как форма права... С. 21–22; Кросс Р. Прецедент в англ. праве. С. 161; Тихомиров Ю. А. Курс сравн. правоведения. С. 122.

<sup>239</sup> Кича М. В. Обычай как форма права... С. 36–39, 53–55; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 531, 534–535; Саидов А. Х. Сравн. правоведение... С. 262, 270; Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 6.

юристы, уточняя определение приёма буквального толкования как применения истинного смысла текста, говорят об обращении к обычному смыслу слов. Здесь важнейшими правилами являются буквальное толкование и «золотое правило», согласно которому нужно выбирать наиболее разумный смысл текста; юристы обсуждают также проблематику многозначности языка, отмечая, что «язык – орудие гибкое»<sup>240</sup>.

*Stare decisis* – важное правило, лежащее в основе статуса судебного прецедента как источника права, сформировалось не сразу. Его развитие начиналось с соображений целесообразности следования решениям коллег для единообразия практики; затем начали появляться сборники решений, и постепенно следование прецедентам высших инстанций стало восприниматься как обязательное. Поэтому можно согласиться, что именно обычай в Англии легитимировал судебный прецедент как источник права<sup>241</sup>. Причём так же, как и в случае фатв в исламском праве, некоторые прецеденты то приобретали, то утрачивали юридическую силу обычно-правовым путём<sup>242</sup>.

Можно упомянуть ещё некоторых англо-американских теоретиков и философов. Так, Г. Мэйн исследовал обычай с историко-социологической точки зрения. По его мнению, обычай вырос в условиях произвола (отсутствия права) из простых судебных прецедентов в силу их повторяемости, затем перешёл в руки толкователей обычного права, чтобы после быть инкорпорированным в кодексы<sup>243</sup>. По мнению юснатуриста Дж. Финниса, рассматривавшего обычай аналитически на примере международного права (что, по всей видимости, распространяется им на формирование любых обычаев), нормы данного источника права, требующие превалирующего (но не обязательно единодушного) мнения о них, начинаются с суждений о целесообразности регулирования определённых отношений, которые при совпадении большинства мнений создают

---

<sup>240</sup> Бернам У. Правовая система США. С. 127–129; Леже Р. Великие правовые системы... С. 83; Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 127–130.

<sup>241</sup> Алимжан К. Ю. Вопросы теории обыч. права. С. 209–210; Бернам У. Правовая система США. С. 109–111; Дженкс Э. Англ. право... С. 28–32.

<sup>242</sup> Дженкс Э. Англ. право... С. 48.

<sup>243</sup> Мэйн Г. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2010. С. 3–17.

предпосылку признания появившегося правила обязательным, что упрочивается признанием его обязательным для всей группы. Дж. Финнис выделяет также рамочные обычаи, напоминающие вторичные правила Г. Харта, которые сами по себе не создают конкретные обычаи, но указывают на то, почему вообще следует придерживаться обычаев (потому что это разумно). Успешный опыт определённого поведения лежит в основе признания его целесообразным, а сложившийся таким образом обычай служит надёжным ориентиром для законодателя. Интересно его суждение об аксиомах права, позволяющих законодателю не указывать специально на запретность совершения правонарушений, поскольку она воспринимается всеми как само собой разумеющееся<sup>244</sup>. Теоретик справедливости Дж. Ролз специально не останавливался на обычаях, но из отдельных пассажей усматривается его скептическое отношение к нему. Его теория справедливости строится путём моделирования и анализа некоторых теорий, но не социальных практик. С одной стороны, философ утверждает, что в воображаемой «исходной ситуации» нужно руководствоваться общепринятыми представлениями о справедливости, но, с другой, неоднократно отмечает, что обычай не является мерилom справедливости, а напротив, обычай проверяется на соответствие концепции справедливости как честности<sup>245</sup>.

Второй подсистемой английского права является так называемое право справедливости, складывавшееся в противовес общего права, со временем накопившего множество норм, усложняющих участие сторон в суде. Эта подсистема формировалась практикой канцлеров, и основывалась на разных источниках: каноническом, римском праве, разуме. Последнюю составляющую можно рассматривать как выявление духа норм, к которым относились и обычаи. Последнее подтверждается, в частности, высказыванием, что при исчезновении наработок общего права исчезло бы и право справедливости, которое должно было ориентироваться на конкретные нормы для выявления их духа. Например, в

<sup>244</sup> Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 298–307, 354–355.

<sup>245</sup> Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 28, 44, 98–99, 125–126, 207, 393–394.

одном деле канцлер, выявляя смысл добросовестного исполнения паромщиком договора, установил, что определённые действия являются его обязанностью в силу его профессии (т.е. по смыслу системы обязанностей, обычно присущих паромщикам). Если изначально право справедливости развивалось в зависимости от «длины ноги канцлера», т.е. каждый канцлер выносил самостоятельные решения, то, в конце концов, и в нём сформировался подход, напоминающий *stare decisis* в общем праве. Между прочим, благодаря такой кристаллизации права справедливости обрели юридическую силу отдельные принципы права<sup>246</sup>.

Подводя итог параграфу, можно отметить внимательное отношение в теории и практики англо-американского права (особенно в английской его ветви) к обычаю как к источнику права. Но это уважение оказывалось не любым, а древним обычаям. Вместе с тем, направленность в рассмотренной правовой семье на удовлетворение нужд судебной практики повлекло двойственное восприятие обычая: с одной стороны, он воспринимался как социально обусловленная практика, с другой, описание его признаков сводилось к формулированию требований, которым он должен соответствовать, чтобы быть принятым судьёй. Это привело к формализации понятия обычая как такового, включая критерий древности. Наиболее строгими были требования к местным обычаям. Наряду с классическим подходом, английская теория права подарила такие интересные с социолого-правовой точки зрения исследования обычаев, как труды Г. Харта, Дж. Финниса, Г. Мэйна. При этом данная правовая семья – образец правовых систем, нормы и целые институты которой легитимированы обычаем.

## **§ 2. Обычай в романо-германской правовой семье**

### **2.1. Доктринальные положения**

На суждения романо-германских правоведов об обычае повлияла римская юриспруденция: их обычно-правовая теория началась с комментирования *Corpus iuris civilis*. С этим связаны некоторые тенденции построения обычно-правовой теории. Во-первых, дискуссии велись вокруг признаков обычая,

---

<sup>246</sup> Дженкс Э. Англ. право... С. 36–42; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 541–542; Уолкер Р. Англ. судебная система. С. 63–75; Цвайгерт К. Введение в сравн. правоведение... С. 282, 284–290.

сформулированных ещё римскими юристами либо хотя бы намеченных ими (в последнем случае они развивались в комментариях средневековых глоссаторов, постглоссаторов и канонистов). Во-вторых, как намекает М. Вебер, эти построения имели преимущественно теоретический (т.е. отталкивающийся от комментирования римских текстов), а не эмпирический характер. Последнее, как и в случае с английскими юристами, иногда приводило к подмене суждений о признаках и свойствах обычая как такового тезисами о том, как нужно воспринимать обычай в целях правоприменения или создания единой непротиворечивой правовой системы. Это усматривается из обсуждения таких признаков и свойств, как разумность, основание общеобязательности, способность дерогировать закон; характерно мнение глоссаторов и постглоссаторов, что партикулярный (местный) обычай не может отменить норму закона, но закон сам может предусмотреть исключение в правовом регулировании для местности. Учитывая, что до исторической школы права всё-таки делались некоторые попытки изучения сущности обычая, исходя из социальных процессов, можно согласиться, что представители именно этой школы первыми попытались чётко разделить вопрос об обычае как таковом и о том, как его следует выявлять в целях правоприменения, призывая к тщательному эмпирическому изучению социальных норм не только через правоприменительные акты, но и свидетельства людей, литературу и документы: позиция, получившая развитие в разработке Бальтазаром Богишичем методов опроса с целью выявления норм обычая<sup>247</sup>. Девизом данного подхода к обычаю исторической школы можно считать слова Б. Виндшейда: «Закон не может определять, чтобы право не было правом»<sup>248</sup>.

Подавляющее большинство учёных поддерживает тезис о наличии у обычая признаков внешней и внутренней стороны: дискуссии касаются чаще всего характеристик этих признаков, их роли и соотношения. Внешний признак касается фактов реализации правила и связан с вопросами повторяемости и

---

<sup>247</sup> Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии. Т. 3. Право. М., 2018. С. 121–122; Добров А. С. Формирование права... № 2; Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права: Т. 1. М., 1874. С. 34, 36–39; Сравни. правоведение. С. 58–59; Эрлих О. Основоположения... С. 446, 459–461.

<sup>248</sup> Цит. по: Краевский А. А. *Jus non scriptum*: о действенности правовых обычаев и их применении российскими судами // Социологические исследования. 2020. № 12. С. 87–97.



давности повторений. Для глоссаторов признаки этой стороны имели большее значение, чем признаки внутренней стороны. Того же мнения придерживались Август Штурм, считавший убеждение в общеобязательности фикцией и связывавший обязательность обычая именно с повторяемостью, и Карл Маркс, указывавший на давность как признак, способный превратить повторяющееся правило в общеобязательное в глазах людей ещё до его санкционирования государством<sup>249</sup>. Теоретики обсуждали необходимые для формирования обычая число повторений и срок существования. Если канонисты считали достаточным одно повторение (по всей видимости, имеется в виду, что идентичные действия должны при сходных обстоятельствах реализоваться два раза), то глоссаторы и постглоссаторы говорили о двух повторениях, причём первые из них полагали, что даже одно отклонение в воспроизводстве действий препятствует созданию обычая. Подобные попытки касались и установления длительности реализации: канонисты, толкуя её через срок давности, говорили о сорока годах (точнее сказать, этот срок считался необходимым, чтобы обычай мог претендовать на дерогирующую силу), некоторые глоссаторы сокращали его до десяти–двадцати лет, другие, напротив, соглашались признать обычаем лишь то правило, которое воспроизводится с незапамятных времён. Постглоссаторы отмечали, что срок повторения правила, после которого оно переходит в обычай, нельзя заранее установить для всех случаев, с чем соглашались и учёные исторической школы права, включая Г. Ф. Пухту и О. фон Гирке, добавлявшие, что нельзя установить и общее требование о числе повторений<sup>250</sup>.

Чтобы выяснить позицию правоведов исторической школы относительно признаков внешней стороны, нужно вспомнить, что они разграничивали признаки и свойства обычая как такового и требования, на которые ориентируется юрист для выявления нормы. Ф. К. фон Савиньи был противником резких изменений правовой системы рациональным путём (через законодательство), рассматривая их как вмешательство в народный дух, настаивая, что времена взаимосвязаны и

<sup>249</sup> Добров А. С. Формирования права... № 2.

<sup>250</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2; Пухта Г. Ф. Курс... С. 38.

прошлые поколения влияют на следующие. Но эти тезисы корректней воспринимать как тезисы традиционализма, а не формулирование признаков обычая. Представители исторической школы писали, что обычаи не только изменчивы, но иногда способны меняться очень быстро; сам Ф. К. фон Савиньи отмечал, что первоначальное конкретное содержание древних правил уже утрачено. Поэтому можно утверждать, что Ф. К. фон Савиньи, Г. Ф. Пухта и некоторые их последователи не отрицали существование новообразных обычаев, но к старообразным они явно относились с большим доверием. Но соответствующие требования к обычаю оказываются релевантными лишь для целей установления наличия обычая (например, Г. Ф. Пухта говорит о них в главке, посвящённой именно установлению нормы обычая, а не обычаю как таковому). Просто давность, непрерывность и некоторое число повторений при условии малого числа отклонений от единообразности повторений (отклонения не должны перевешивать число воспроизведений) убедительно доказывают существование обычая, но не более того. По сути, они связывали более точное установление данных критериев для конкретных случаев с усмотрением юриста (включая судью). Генрих Аренс (не принадлежавший исторической школе) прямо писал, что число повторений и давность устанавливаются судьёй<sup>251</sup>.

Внутреннюю сторону признавали более важной, чем внешнюю, канонисты, постглоссаторы, а также Пухта, полагавший, что народное убеждение предшествует соблюдению, а соблюдение лишь свидетельствует о существующем убеждении. К ним присоединялся М. Вебер, объясняя, что повторение, безусловно, важно, но интуитивный и эмпатический консенсус важнее как факторы, позволяющие людям воспринять это повторение как общеобязательное, к тому же, для обязательности правила более существенна ориентация на обязательность, чем соблюдение. Для сторонника исторической школы О. фон Гирке обе стороны обычая имели равную важность, причём, в отличие от своих предшественников, он считал, что убеждение может возникать как до, так и после

---

<sup>251</sup> Аренс Г. Юридическая энциклопедия, или органическое изложение науки о праве и государстве, на основании принципов этической философии права. М., 1863. С. 52–53; Пухта Г. Ф. Курс... С. 38; Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права: Т. 1. М., 2011. С. 148–150, 183–187; Эрлих О. Основоположение... С. 453.

повторения, причём повторение должно возникать во всех случаях, так как без него нет и нормы<sup>252</sup>.

Проявление и возникновение внутренней стороны понимались по-разному. Одно понимание – убеждение в общеобязательности, возникающее, в конце концов, либо у всей группы, либо у её большинства, либо (например, по О. фон Гирке) у тех, для кого релевантны регулируемые отношения<sup>253</sup>. Если первые представители исторической школы права исходили из всеобщего убеждения, корнящегося в народном духе, которое, по сути, нельзя разложить на элементы и проследить его формирование, а некоторые другие представители этой школы исходили из того, что убеждение формируется у отдельных лиц, то О. фон Гирке предложил более сложную и интересную конструкцию: убеждение формируется у отдельных лиц и сопровождается убеждением, что окружающие согласны с общеобязательностью правила, что, в конце концов, выливается в консенсус<sup>254</sup>. Канонисты дополняли убеждение намерением сторон сделать правило обязательным и на будущее и осознание ими правила как необходимого для регулирования<sup>255</sup>. Другие полагали, что некорректно говорить о возникновении убеждения: оно либо касается только общих принципов, таких, как необходимость законопослушания, а чаще всего речь идёт о целесообразности поведения (Ф. Адикес), либо вовсе отсутствует, а индивиды исходят из целесообразности или ориентации на потребности (Р. Шмид, М. Гмюр). По мнению некоторых учёных, речь идёт о том, что повторяемость действий (производимых лично или наблюдаемых) порождает психологически ожидание, что так будет и впредь (Э. Цительман, Г. Еллинек)<sup>256</sup>. Наконец, согласно Э. Бирлингу, любая норма, включая обычаи, порождается её признанием, мотивы которого неважны и которое бывает двух видов: непосредственным, реализующимся лицами, непосредственно участвующими в регулируемых

---

<sup>252</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 20–21, 29–32; Добров А. С. Формирование права... № 2; Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. С. 28–29.

<sup>253</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2.

<sup>254</sup> Там же.

<sup>255</sup> Там же.

<sup>256</sup> Там же.

отношениях, и опосредованным, реализующимся на абстрактном уровне и, во всяком случае, теми, кто не сталкивался с соответствующими отношениями (пример последнего вида – признание нормы государством). К сторонникам теории признания можно отнести Т. Киппа, а также М. Ориу, согласно которому психологическое признание презюмируется, исходя из факта длительного существования обычая<sup>257</sup>. Сторонник волевой теории Г. Кельзен считал, что обычай образуется после длительного повторения благодаря появлению коллективной воли, субъективным смыслом которой является долженствование, и убеждение в общеобязательности появившейся нормы нужно понимать как результат толкования данной коллективной воли как воли, направленной на установление долженствования<sup>258</sup>.

Небезынтересно чуть подробнее рассмотреть некоторые подходы, на основе которых можно реконструировать варианты происхождения норм обычая. По Веберу, получаем следующий процесс: сперва возникает некоторая модель поведения, которая, в частности, может предлагаться людьми, готовыми отойти от устоявшихся стереотипов; затем поведение воспроизводится и входит в привычку; воспринимается отдельными людьми на психологическом уровне как обязательная; осознаётся распространённость привычки; другим людям приписываются ожидания повторения привычного поведения; появляется восприятие осознанности следования всеми данной привычке; появляется аппарат принуждения (понимаемый широко, а не только как государство) или, по крайней мере, реализуемое принуждение<sup>259</sup>. Более подробно описание сторонников социального конструктивизма П. Бергера и Т. Лукмана: сперва «изобретается» модель поведения, она воспроизводится при сходных обстоятельствах, распространяется среди других членов социальной группы через рассказы и осмысление пережитого опыта (седиментация), благодаря чему становится релевантной хотя бы на символическом уровне для всех, и принимается как

<sup>257</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2; Кондуров В. Е. Правовые институты и нормы...

<sup>258</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 282–283.

<sup>259</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 29–32, 122–124.

общеобязательная благодаря объективации и реификации (приписыванию сверхчеловеческой природы)<sup>260</sup>.

Версия формирования норм обычая Аренса состоит в том, что отдельные индивиды сталкиваются с потребностями, выбирают волевым актом способ её удовлетворения, считая на основе «чувстве права» этот способ правильным, а потому релевантным для всех людей, после чего под влиянием того, что люди живут сообща, при сходных ситуациях повторяются не только модели поведения, но и волевое отношение к ним<sup>261</sup>.

Блез Паскаль, рассматривая проблематику обычая с философской точки зрения, не сформулировал чётко путь формирования нормы, но на основании обсуждения им разных факторов, влияющих на поведение людей, этот путь можно реконструировать. Первым движущим фактором оказывается либо воля, либо воображение. Волевой акт непосредственно связан с применением силы, а воображение приписывает человеку, предмету, явлению или действию некоторые свойства и заставляет человека поверить в правильность этого приписывания. Воображение играет роль и в прецедентном случае, когда лицо первым внушает себе и другим некоторую идею, и в случае уже повторяющихся в социуме действий, когда человек воображает, что наблюдаемые стереотипы поведения являются единственно верными. Решающую роль играет сила общественного давления, принуждающая следовать установленным нормам. Но при этом действенность силы обуславливается не только её реальным воздействием, но и, опять же, воображением, заставляющим испытывать страх перед общественным осуждением или физическим применением силы<sup>262</sup>.

Из предыдущего изложения вытекает проблематика санкционирования обычая. Благодаря чему он обретает общеобязательность? Глоссаторы подходили к этому вопросу формально, считая, что обычай становится правовой нормой после применения судами и представителями народа, т.е. государства. По мнению

<sup>260</sup> Бергер П. Соц. конструирование реальности... С. 89–151.

<sup>261</sup> Аренс Г. Юрид. энцикл... С. 52.

<sup>262</sup> Паскаль Б. Мысли. СПб., 2013. С. 28–31, 57–58, 66. URL: <https://e.lanbook.com/reader/book/5935/#1> (дата обращения: 21.01.2021). – Режим доступа: ЭБС «Лань».

постгlossаторов, обычай свидетельствуется применением и становится обязательным в силу молчаливого одобрения народа, не возражающего против его применения. Начиная с glossаторов, распространилось мнение об обретении обычая обязательности в силу явного или молчаливого признания и защиты государством (характерно мнение Г. Рюмелина, что в противном случае обычай является лишь нормой морали). Варианты этого подхода представили, например, К. Биндинг и Э. Ламбер: согласно первому, обычай может стать обязательным в силу социальной санкции, если государство не предусмотрело порядок обретения им обязательной силы; согласно второму, обычай санкционируется повторяющимся применением судами (по сути, речь идёт о правоприменительном обычае). О правоприменительном обычае говорит и О. фон Гирке, но он имеет в виду правила, вырабатываемые судьями, а не признание обязательной силы уже существующих обычаев, поскольку, согласуясь и с другими представителями исторической школы, считает, что эта сила зависит исключительно от социума<sup>263</sup>. Ещё одним сторонником судебного санкционирования обычая является М. Тропер, считающий, что сам по себе обычай есть факт, а не норма права<sup>264</sup>. Согласно социологическому подходу М. Вебера и О. Эрлиха, социум сам вырабатывает эффективные способы физического или психологического принуждения, хотя его члены чаще следуют обычаю не из страха перед принуждением, а по другим мотивам<sup>265</sup>.

С данной проблематикой связаны и вопросы способности обычая дерогировать закон и закона – отменять обычай. Так, средневековые юристы и многие более поздние правоведы не сомневаются, что закон может отменять обычай, тогда как дерогирующую силу последнего рассматривают сквозь призму не фактических свойств обычая, а с точки зрения того, какой обычай целесообразно рассматривать как обладающий этой силой (чаще всего указанное преимущество приписывалось общему обычаю, с чем согласились, например, немецкие юристы после введения Германского гражданского уложения (ГГУ)).

<sup>263</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2.

<sup>264</sup> Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2 (50). С. 7–19.

<sup>265</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 20–21, 27–29, 33–37; Эрлих О. Основоположение... С. 114–135.

Парадоксален, но, с другой стороны, симптоматичен пример теории Ф. Жени: связывая возникновение общеобязательности обычая с психическими процессами (потребностью людей в стабильном регулировании, уважение и страх перед издавна установившимся), из-за чего законодатель не может одним росчерком пера отменить обычное право, и признавая за обычаем способность дерогировать даже императивные законоположения, он приходит к выводу, что обычай, который не должен иметь антиобщественную направленность, не может дерогировать принципиальные императивные нормы закона. Эта позиция была продиктована, по сути, желанием найти гарантию стабильности и единства правовой системы в свете утверждения фактического равенства закона и обычая по юридической силе<sup>266</sup>.

Иной позиции придерживаются, например, Г. Ф. Пухта, О. фон Гирке, М. Вебер, считающие, что закон не может отменить обычай, а обычай может дерогировать закон (с последним соглашался и Монтескьё, говоря о «тирании мнений»). Э. Бирлинг, связывающий возникновение общеобязательности любой нормы с её признанием, делает интересное замечание, что закон может отменить обычай при условии, что сам отменяющий закон получит как опосредованное, так и непосредственное признание<sup>267</sup>. Г. Кельзен, связывавший действительность обычая с основной нормой, придающей действительность правовой системе вообще, допускал его дерогирующую способность, в частности, по отношению к писаной норме, претендующей отменить обычай; также дерогирующая способность обычая усматривалась им в утрате действительности закона ввиду его продолжительной недейственности<sup>268</sup>.

По признанию правоведов, существенным признаком обычая является его устность; М. Гмюр уточняет, что обычай отличается отсутствием «технического выражения» хотя бы одного из аспектов: содержания или общеобязательности<sup>269</sup>. По всей видимости, именно этот признак даёт повод юристам усматривать в

<sup>266</sup> Добров А. С.: 1) Формирование права... № 2; 2) Формирование права без законодателя: очерки по теории источников права // Вестн. гражд. права. 2010. № 3. С. 198–273.

<sup>267</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 27–28, 38–39; Добров А. С. Формирование права... № 2; Монтескьё Ш. Л. О духе законов. М., 1999. С. 259.

<sup>268</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 21–22, 263–269, 284.

<sup>269</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2.

обычае неопределённость (во всяком случае, с письменной фиксацией обычаев в сборниках связывают стабилизацию и чёткость правового регулирования), а О. Эрлих утверждает, что обычай, существующий в социуме как норма, не рационализируется общественными союзами путём создания правовых предложений, хотя, по его же признанию, социум может облекать обычай в пословицы, а формулировка правовых предложений есть компетенция юриста<sup>270</sup>. Симптоматично, что М. Тропер считает ярким случаем приписывания смысла норме судьёй применение обычая: думается, дело не только в восприятии обычая как факта, но и в том, что обычай воспринимается как факт в силу мнения о его неопределённости<sup>271</sup>.

Вместе с тем, довольно противоречивы суждения относительно изменчивости обычая: он одновременно воспринимается и как неустойчивый, и как косный<sup>272</sup>. Выше упоминалась позиция Ф. К. фон Савиньи и Г. Ф. Пухты. Обращают на себя внимание позиции и других исследователей, указывающих на некоторый динамизм в обычаях. Так, М. Вебер пишет, что обычаи хоть медленно, но изменяются под влиянием других обычаев или скрытых от сознания субъектов правоотношений (фактических) новшеств в реализации существующих обычаев. Близкого мнения придерживался и Ш. Л. Монтескьё, полагавший, что скорость изменения обычаев зависит от географических условий и форм правления, а одним из факторов изменения обычаев является общение народов, в силу которого они перенимают обычаи друг друга<sup>273</sup>. М. Монтень на примере моды также показывал, что представления об общепринятом могут меняться в течение одного поколения<sup>274</sup>. Т. Кипп и Л. Эннекцерус обращали внимание, что правило иногда может достаточно быстро приобретать общеобязательность. Если Л. Эннекцерус готов был признать такое правило обычаем, Т. Кипп полагал, что оно обычаем не является<sup>275</sup>.

Как и английские юристы, романо-германские правоведы считали рациональность признаком обычая, с чем, впрочем, не соглашался О. фон Гирке,

---

<sup>270</sup> Жюллио де ла Морандьер Л. Гражданское право Франции. Т. 1. М., 1958. С. 97–99; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 520; Эрлих О. Основоположение... С. 210, 213.

<sup>271</sup> Тропер М. Реалистическая теория толкования.

<sup>272</sup> Жюллио де ла Морандьер Л. Гражд. право Франции. С. 97–98.

<sup>273</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 27–28, 122–124; Монтескьё Ш. Л. О духе законов. С. 262, 264.

<sup>274</sup> Монтень М. Опыты. Кн. 1–2. М., 1979. С. 264–265.

<sup>275</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2.



стремившийся в традициях исторической школы исследовать обычай как таковой. Было распространено мнение, что обычай не должен основываться на ошибочных суждениях о фактах, мотивах, целях или о праве. Несмотря на то, что Г. Аренс усматривал возникновение общеобязательности обычая в «правовом и нравственном общежитии», т.е., в принципе, социологически (можно вспомнить его модель формирования обычая), и даже считал обычай происходящим иррациональным путём, так как в его образовании инстинкт играет большую роль, чем разум, он также считал, что юридическая ошибка не создаёт обычай, что можно объяснить его позицией, что создатели модели поведения руководствуются «правовым чувством». Те же, кто не считал отсутствие ошибки признаком обычая, исходили из разных посылок. Г. Ф. Пухта, говоря о рациональности и прочих оценочных признаках обычая, имел в виду критерий, благодаря которому юрист идентифицирует обычай: если суд применяет нерациональное или безнравственное правило, это значит не ошибочность существующего правила, а ошибку юриста, который неверно нашёл или применил правило, квалифицировав его как обычай. Требовать от самого обычая безошибочности оказывается бессмысленным, так как обычай, будучи выражением аморфного обычного права, коренящегося в народном духе, в принципе не может быть нерациональным или безнравственным, поскольку народный дух не содержит в себе порочных норм. Другие (например, Б. Паскаль и Ф. Жени) отмечали, что обычаи большей частью (хоть и не всегда) основываются на ошибочных суждениях<sup>276</sup>.

Обычай стремились отличать от других пограничных ему понятий. Во-первых, отмечается, что обыкновение, в отличие от обычая, не имеет обязательной силы и является простой распространённой практикой<sup>277</sup>. Э. Бирлинг понимал под правовым обычаем не обычай со специфическим юридическим содержанием или признанный государством, а норму, признанную непосредственно и (или) опосредованно (по сути, достаточно признания социума)<sup>278</sup>; в этом смысле у него простой обычай выступает в роли обыкновения.

<sup>276</sup> Аренс Г. Юрид. энцикл... С. 51–53; Добров А. С. Формирование права... № 2; Паскаль Б. Мысли. С. 28–31, 68–68; Пухта Г. Ф. Курс... С. 39–40.

<sup>277</sup> Жюлио де ла Морандьер Л. Гражд. право Франции. С. 31–32, 97.

<sup>278</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2.

Также стремились отличить обычаи торгового оборота на том основании, что они выступают как факты, формирующие правоотношения. И если это замечание справедливо в случаях практик между конкретным купцом и конкретными покупателями (что вряд ли было бы корректным называть обычаем), то касаясь ситуации, когда на основе практики купцов в купеческой среде сложились нормы, воспринимаемые как управомочивающие и обязывающие неопределённым кругом купцов и их клиентов, как справедливо доказывал Э. Данц, нужно говорить именно о разновидности обычая (но позиция Данца не была поддержана большинством)<sup>279</sup>. М. Вебер пытался провести границу между обычаем и конвенцией, различая их по признаку наличия (у обычаев) или отсутствия (у конвенций) организованного принуждения<sup>280</sup>. Учитывая, что, по Веберу, конвенции также допускают принуждение, а границы между ними и обычаями расплывчаты (по его же оценке), можно считать конвенции в веберовском смысле разновидностью обычаев, не имеющих организованного принуждения.

Наконец, нужно упомянуть следующие классификации обычаев: *praeter legem* (касаются отношений, не урегулированных законом), *secundum legem* (помогающие при толковании закона), *contra* (или *adversus*) *legem* (не соответствующие закону), к которым глоссаторы и постглоссаторы добавляли любопытную разновидность *confirmare legem* («укрепляющие» закон), а также деление на общие и партикулярные. Общие обычаи, распространяющиеся на всю территорию государства, выделяли ещё средневековые юристы, а также Г. Ф. Пухта. Несмотря на то, что после введения ГГУ юристы рассуждали об общеимперских обычаях, выказывая им больше доверия, чем партикулярным, М. Вебер не без основания замечает, что в юриспруденции обычай ассоциировался именно с местными нормами<sup>281</sup>. Не вдаваясь в дискуссию, существуют ли общие обычаи, бегло отмечу лишь два момента, говорящих о преждевременности однозначного отрицания данного вида обычаев. Во-первых, можно вспомнить, что китайское ли является общим обычаем. Во-вторых, О. Вайнбергер сделал интересное замечание, что юридической силой принципы права могут наделяться,

<sup>279</sup> Добров А. С. Формирование права... № 3.

<sup>280</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 27–29, 33–35.

<sup>281</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 212–122; Давид Р. Основ. правовые системы... С. 129; Добров А. С.: 1) Формирование права... № 2; 2) Формирование права... № 3; Пухта Г. Ф. Курс... С. 34.

кроме прочего, обычаем<sup>282</sup>. Конечно, можно предположить, что мы найдём принципы и в узко локализованных, как бы выразились сторонники правового плюрализма, полуавтономных социальных полях, но, как видится, принципы чаще всего ассоциируются с чем-то если не универсальным, то охватывающим широкий круг лиц<sup>283</sup>.

Восприятие обычая как партикулярных норм объясняет настороженное отношение к обычаю вообще, сложившееся в юриспруденции (особенно в эпоху кодификаций): закон, обладающий унифицирующим началом, представлялся предпочтительным партикуляризму обычаев<sup>284</sup>. Как социолог права, отдавая должное обычаю наряду с другими способами нормирования, способствующими лучшему регулированию отношений, и, вслед за некоторыми юристами, считая обычай нормой, которую судья должен сам отыскивать и применять, О. Эрлих порицал историческую школу за мнение, что судья должен только толковать обычай, не пытаясь создать новое юридическое предложение. Интересно, что, по замечанию Эрлиха, с обычаями люди связывают своё понимание справедливости, которое он назвал статической справедливостью (в противоположность динамической, способствующей изменению норм)<sup>285</sup>.

Со справедливостью связывал обычаи и М. Ориу: по его мнению, институты не могут существовать длительное время, если не расцениваются как справедливые, а для укрепления позиций закона полезно сохранять его стабильность, чтобы он успел стать обычаем среди людей<sup>286</sup>. Б. Паскаль и М. Монтень разделяют одинаковое отношение к обычаям. С одной стороны, они считают их часто обременительными и создающими ложные представления. Но эта обременительность проистекает из неправильного отношения к правилам, когда им следуют, будто они являются целью, а не средством достижения цели. Паскаль признаёт существование естественного права, но отмечает, во-первых, подобно Монтеню, фон Савиньи и М. Веберу, что люди всегда воспринимают традиционные положения как естественный порядок вещей, а во-вторых, что

<sup>282</sup> Кондуров В. Е. Правовые институты и нормы...

<sup>283</sup> См. напр., Тимошина Е. В. Проблема юстициальности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности // Вестн. РУДН. Сер.: Юрид. науки. 2017. Т. 21, № 4. С. 464–485.

<sup>284</sup> Аренс Г. Юрид. энцикл... С. 53–54; Обычай в праве: Сборник. СПб., 2004. С. 166–167. URI: [https://www.litres.ru/aleksandr-ivanovich-porotikov/obychay-v-prave/?just\\_bought=1](https://www.litres.ru/aleksandr-ivanovich-porotikov/obychay-v-prave/?just_bought=1) (дата обращения: 10.05.2021).

<sup>285</sup> Добров А. С. Формирование права... № 2; Эрлих О. Основоположение... С. 114–135, 212, 264–265, 453–457.

<sup>286</sup> Кондуров В. Е. Правовые институты и нормы...

людям недоступно непосредственное знание естественного права, иначе обычаи разных стран были бы между собой похожи. По Паскалю, обычаи сами по себе не являются справедливостью, но люди видят в них справедливость, а потому и следуют им. Монтень и Паскаль приходят к выводу, что обычаи необходимы для упорядочения отношений; несмотря на то, что они, действительно, так или иначе отражают справедливость, им нужно следовать не по причине их справедливости, а потому что они обязательны: в противном случае возникает искушение выносить произвольные суждения о том, что полезно и что вредно в сложившихся обычаях, не проникая в суть порядка. Но речь идёт о старообразных обычаях, так как новообразные порождают нестабильность. Наконец, Паскаль предлагает тезис, напоминающий позицию даосизма, что власть, опирающаяся на общественное мнение, имеет шансы быть мягкой и не быть тиранической<sup>287</sup>. К последнему присоединяется и Ш. Л. Монтескьё, призывая сообразовываться в политике с обычаями народа, законом менять лишь законы, а на обычай влиять личным примером, чтобы обычай менялся обычаем<sup>288</sup>. Наконец, Г. Радбрух отмечал, что обычаи имеют содержательную и формальную стороны, одинаково необходимые, хотя часто наличие исполнения содержательной стороны лишь презюмируется, смотря по внешнему поведению. На эту же структуру норм обычая, напоминающую конфуцианские рассуждения о ли, указывал и Б. Паскаль, говоря, что следование одним лишь обрядам ведёт к суеверию, а отказ от них – к гордыне<sup>289</sup>.

## 2.2. Обычай в контексте практики

Средние века в Европе были временем рецепции римского права. Интересно в связи с этим замечание А.С. Доброва, что в Германии в корпорации юристов римское право, имея писаную основу, было принято как обычай, так как юристы и без утверждения его законом не сомневались в его обязывающей силе. Это подтверждается и тем, что романисты, искавшие немецкие обычаи, приняли за них в большинстве случаев положения римского права<sup>290</sup>. В средние века, с одной стороны, создавались многочисленные сборники обычаев, призванные облегчить

<sup>287</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 28–29; Монтень М. Опыты. С. 21–22, 46–47, 101–116, 170, 244; Паскаль Б. Мысли. С. 28–31, 33–34, 55–58, 65–68; Савиньи Ф. К. фон. Система... С. 185–186.

<sup>288</sup> Монтескьё Ш. Л. О духе законов. С. 260–261, 263–265.

<sup>289</sup> Паскаль Б. Мысли. С. 116; Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 61–62.

<sup>290</sup> Добров А. С. Формирование права... № 3; Обычай в праве. С. 169–170.

познание обычно-правовых норм, с другой, начинались попытки кодификации обычаев с целью унификации регулирования. Интересно, что, например, во Франции один из сборников был создан уже 1866 г., т.е. через шестьдесят лет после кодификации, что свидетельствует о значимости обычая во Франции даже в тот период. Относительно второго аспекта в качестве примера можно привести Кастилию, в которой (в период раннего средневековья) обычай сперва стал фактором отказа от вестготского права, затем в ходе применения судами были отобраны нормы обычая, казавшиеся наиболее приемлемыми, после чего король Альфонс X Мудрый предпринял неудачную попытку кодификации кастильского права<sup>291</sup>, и подобные примеры не могли внушить юристам последующих периодов доверия к обычаю. XVIII–XIX вв. стали эпохой активной кодификации, в процессе которой в кодексы инкорпорировались старые обычаи. Предполагалось, что кодификация отменит эти обычаи, а остальные обычно-правовые нормы будут действительными постольку, поскольку на них будут ссылаться в специальных случаях сами кодексы. Данное предположение вызвало к жизни чрезвычайную детальность некоторых кодексов<sup>292</sup>.

Описанная законодательная деятельность породила мнение, что в странах романо-германской правовой семьи роль обычая понизилась и что юристы, особенно французские, признают понижение этого статуса. Действительно, Р. Давид считает относительно высоким статус лишь обычаев *secundum legem*. С другой стороны, Л. Жюллио де ла Морандьер утверждает, что обычай во Франции всегда сосуществовал с законом, причём во времена стабильности роль первого повышалась. Согласно исследованиям, французские суды готовы применять даже те обычаи, которые не соответствуют императивным нормам права, и А.С. Добров отмечает, что суды смотрят на обычай даже более благосклонно, чем французские теоретики. Возможно, на последнее обстоятельство повлияло учение Ф. Жени. В Германии ГГУ прямо не упоминает статус обычая, но немецкие теоретики, опираясь на косвенные доводы, признали его равным по силе

---

<sup>291</sup> Кича М. В. Обычай как форма права... С. 101–103; Правотворчество... С. 23–26; Санчес-Арсилья Берналь Х. «Теория закона» в законодательной деятельности Альфонсо X Мудрого // Исторический вестник. 2015. Том 13 [160]. С. 4–59.

<sup>292</sup> Обычай в праве. С. 166–167, 168–171.

законодательству (споры велись только вокруг применимости и дерогирующей силы общих и местных обычаев)<sup>293</sup>.

По наблюдениям М. Вебера, в начале XX в. немецкое государство признавало некоторые обычаи, не соответствующие нормам публичного права<sup>294</sup>. Относительно мнения о вытеснении обычая путём инкорпорирования в закон, можно отметить, что приводившееся выше мнение М. Ориу практически подтверждается наблюдением Г. Еллинека, что «Декларации прав человека и гражданина» 1789 г. стала обычай, что дало повод учёному выдвинуть гипотезу о возможности параллельного функционирования закона и обычая с идентичным содержанием<sup>295</sup>. Г. Радбрух, поддерживавший тезис о снижении роли обычая, замечал, что он продолжает играть роль и в настоящем, так как без него невозможно воспитание человека<sup>296</sup>. Ещё О. Эрлих отметил, что на заключение сделок влияют местные обычаи<sup>297</sup>, и сомнительно, что эта ситуация изменилась. Данный тезис косвенно подтверждается наблюдаемой многочисленностью научных исследований, касающихся обычая. Думается, дело здесь не только в желании правоведов подчеркнуть, что закон не одинок в роли источника права, но и в том, что учёные считают роль обычая настолько серьёзной, что он и сейчас достоин внимательного изучения<sup>298</sup>.

### 2.3. Вывод

Таким образом, романо-германская юриспруденция разработала достаточно сложную теорию обычая. В правоведении и философии права большим доверием пользуются общие и старообразные обычаи. Возраст последних не привязывается к определённому сроку или эпохе. Вместе с тем, в науке довольно сильна тенденция обсуждения роли и признаков обычая с формальных позиций. Между тем, нет оснований утверждать, что обычай сильно уступил закону как в реальной жизни, так и в правоприменении.

---

<sup>293</sup> Давид Р. Основ. правовые системы... С. 128–130; Добров А. С. Формирование права... № 3; Жюллио де ла Морандьер Л. Гражд. право Франции. С. 97–100, 125–126; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 520–523, 529–530; Обычай в праве. С. 167–168, 171.

<sup>294</sup> Вебер М. Хоз-во и о-во... С. 24–26.

<sup>295</sup> Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. СПб., 1907. С. 6–8.

<sup>296</sup> Радбрух Г. Философия права. С. 63.

<sup>297</sup> Эрлих О. Основоположение... С. 103–104.

<sup>298</sup> Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 516–517.

## Глава 3

### Обычай в правовой системе России

#### § 1. Доктринальные положения

В России обычно-правовая теория развивалась и развивается в двух направлениях. С одной стороны, есть теории, которые можно назвать самобытными (ярким примером является славянофильство). С другой, многие юридические труды писались и пишутся под влиянием западных теорий обычая, в связи с чем обсуждаются такие вопросы, как признаки обычая, о которых говорилось выше в связи с западными правовыми системами, его классификации и т.д. Но последнее направление нисколько не делает российскую теорию обычая несамостоятельной или неинтересной: напротив, под влиянием западных подходов зародились и некоторые оригинальные подходы к обычаю. Надо сказать, что на философов и юристов первой половины XIX в. (М.М. Сперанский, К.А. Неволин и др.) немалое влияние оказала историческая школа права, с идеями которой иногда и сравнивают подходы отечественных консерваторов и славянофилов<sup>299</sup>. Одни из этих мыслителей и юристов непосредственно участвовали в построении правовой системы России, другие оказали на это строительство большое доктринальное влияние, что, конечно, отразилось на правовой политике Российской Империи (в частности, по отношению к крестьянам и иностранцам).

Целесообразно начать изложение с обзора обсуждений признаков обычая. Как и в западных теориях, отечественные учёные не сомневаются в наличии внешнего признака обычая – повторения. Поскольку ко времени восприятия российскими правоведами западных теорий обычая вопрос о числе повторений уже был решён в пользу неопределённости ответа, то среди отечественных учёных нет спора относительно этого аспекта. Немногие правоведы (Г.Ф. Шершеневич, А.И. Поротиков) полагают повторяемость достаточным признаком

---

<sup>299</sup> Васильев А. А. Охранительная концепция права в России. М., 2013. С. 93–94; Игнатьева Е. Ю. Судебное правотворчество в Российской империи второй половины XIX – начала XX веков в процессе применения норм обычного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. СПб., 2020. С. 39; Тимошина Е. В. История правовых и политических учений России (первая половина XIX в.): учеб. пособие для обучающихся по обр. программе бак. по направлению подгот. «Юриспруденция». СПб., 2014. С. 12, 37.

распознавания обычая<sup>300</sup>. Такие авторы, как Е.Н. Трубецкой, отвечая на вопрос о том, что же повторяется, приходят к выводу, что обычаям предшествовал прецедент, и речь, конечно, не о правовом прецеденте, а о множестве простых прецедентных решениях, которые в массе своей перерастали в обычай. Д.А. Дриль даже описывал, что обычаи возникают из долгих обсуждений и принятий решений на сходках, и множество идентичных решений приводят к возникновению обычая<sup>301</sup>.

Менее однозначная ситуация сложилась относительно возраста обычая. О факторе времени как о необходимом признаке обычая писали, например, Д.И. Мейер, И.С. Зыкин<sup>302</sup>. И славянофилы, и такие современные социологи, как А.Б. Гофман, и советский противник обычаев С.Л. Зивс исходили из того, что обычай тесно связан с традицией и имеет консервирующее начало<sup>303</sup>. Вместе с тем, А.И. Поротиков справедливо заметил, что фактор времени сам по себе уже заложен в идее повторяемости: чтобы идентичные действия повторились, нужно время<sup>304</sup>. А от этого утверждения, убирающего какую-либо апелляцию к возрасту обычая как к его признаку, недалёк вывод, сделанный Л.И. Петражицким и Г.Ф. Шершеневичем, что обычаи складываются как по принципу древности, так и по принципу быстрого и широкого распространения в современности, которым Л.И. Петражицкий дал условное, но вполне удачное название старообразных и новообразных обычаев, соответственно<sup>305</sup>. А.А. Краевский и Е.В. Тимошина сделали интересное замечание, что частота повторений у обычаев делового оборота выше, чем у традиционных обычаев, чем и объясняется, что обычаи делового оборота быстрее приобретают обязательную силу, к чему ещё можно добавить, что новообразные обычаи упрочивают свою юридическую силу вместе с расширением распространения (вспоминаются «обычаи века», к которым настороженно относились китайские философы), а старообразные – с

<sup>300</sup> Обычай в праве. С. 151–152, 1554, 160; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 442–444.

<sup>301</sup> Дриль Д. А. Обычай и закон // Юрид. вестн. 1883. № 6–7. С. 234–277; Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 98–99.

<sup>302</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1. М., 1997. С. 45; Обычай в праве. С. 152.

<sup>303</sup> Васильев А. А. Охранительная концепция... С. 84; Гофман А. Б. Обычай как форма социальной регуляции // Сов. этнография. 1973. № 1. С. 14–24; Зивс С. Л. Источники права. М., 1981. С. 153.

<sup>304</sup> Обычай в праве. С. 152.

<sup>305</sup> Петражицкий Л. И. Теория... С. 437–437; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. С. 443–444.



увеличением возраста<sup>306</sup>. И, действительно, например, А.В. Поляков не включает в своё определение обычая признак времени<sup>307</sup>. В то же время, сам Л.И. Петражицкий уже после упомянутых замечаний продолжает разговор об обычаях, без каких-либо оговорок подразумевая обычаи старообразные<sup>308</sup>. Сказанное в настоящем абзаце свидетельствует, что обычай воспринимается (по всей видимости, не только научной мыслью), в первую очередь, как понятие, относящееся к традиции.

Отмечается, что обычай не имеет определённого авторства в силу стихийности его складывания, в котором участвует множество лиц. Вместе с тем, В.И. Сергеевич и Л.С. Белогриц-Котляревский писали, что начало обычаю кладут, как правила, самые умные, решительные представители сообщества, могущие преодолеть привычное<sup>309</sup>. Учитывая некоторые рассмотренные в первой главе настоящей работы понятия (сунна и др.), можно, не отрицая тезис об отсутствии авторства у обычаев, уточнить, что иногда всё же обычаи связываются с деятельностью конкретных авторитетов, воспринятых как образцы.

По признанию правоведов, для обычая существенна общая либо (по В.И. Сергеевичу) более или менее общая реализация в рамках конкретной социальной группы и, самое главное, общее убеждение в его общеобязательности (*opinio necessitatis*)<sup>310</sup>. Относительно путей формирования и содержания *opinio necessitatis* мнения расходятся. Например, В.И. Сергеевич и Л.С. Белогриц-Котляревский возводят внутренний аспект обычая к потребностям и продиктованным ими индивидуальным убеждениям в правильности поведения, за которыми мало-помалу следуют другие люди: сперва привлечённые авторитетом, потом – подчинённые инерции и нежеланию идти наперекор большинству<sup>311</sup>.

---

<sup>306</sup> Краевский А. А. *Jus non scriptum...*; Fittipaldi E. *Theory of Custom, Dogmatics of Custom, Policy of Custom: On the Threefold Approach of Polish-Russian Legal Realism* // *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*. 2017. Vol. 30, No. 1. Pp. 105–122.

<sup>307</sup> Поляков А. В. *Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода*: учеб. М., 2016. С. 637.

<sup>308</sup> Петражицкий Л. И. *Теория...* С. 447–448.

<sup>309</sup> Белогриц-Котляревский Л. С. *Творческая сила обычая в уголовном праве*. Ярославль, 1890. С. 1–3; *Обычай в праве*. С. 140–147; Сергеевич В. И. *Лекции и исследования по древней истории русского права*. СПб., 1910. С. 10–12.

<sup>310</sup> Коркунов Н. М. *Лекции по общей теории права*. М., 2010. С. 376; Сергеевич В. И. *Лекции...* С. 11; Трубецкой Е. Н. *Лекции...* С. 106.

<sup>311</sup> Белогриц-Котляревский Л. С. *Творческая сила...* С. 1–8; Сергеевич В. И. *Лекции...* С. 9–12.

Ю.С. Гамбаров, Н.М. Коркунов усматривают причину формирования обычая в ожидании людей, что привычные действия будут повторяться. Что касается содержания общего убеждения в обязательности, то близкие друг другу позиции Е.Н. Трубецкого, Н.М. Коркунова, А.В. Полякова суммировано можно представить как интерпретацию сознанием членов социума предостаточно-обязывающего характера правила, причём это сознание, по выражению Коркунова, должно «превзойти соблюдение», иными словами, перейти из сферы сущего в сферу должного<sup>312</sup>. Для славянофилов внутренняя сторона обычая состояла в восприятии обществом нормы как духовно близкой и необходимой для выживания<sup>313</sup>. Для Л.И. Петражицкого внутренний конституирующий аспект заключается в психическом переживании императивно-атрибутивных эмоций. Важна мотивировка: речь идёт об обычае лишь тогда, когда происходит ссылка на то, что так поступают «все» или поступали «всегда»; в остальных же случаях имеют дело с иными видами нормирования<sup>314</sup>. Антрополог права А.И. Ковлер, называя обычай «пережитым порядком», так как он всегда основан на прошлом опыте, добавляет, что обычаи выживают благодаря тому, что проходят апробацию практикой<sup>315</sup>.

Вопрос обязательной силы обычая часто сопровождается обсуждением разницы между обычаем и правовым обычаем. Распространена точка зрения, появившаяся ещё среди некоторых юристов Российской Империи (одним из них был Г.Ф. Шершеневич) и поддерживавшаяся в советское время (например, С.А. Голунским), что обычай приобретает правовой характер исключительно благодаря санкции (признанию, указанию на обязательность и защите) со стороны государства<sup>316</sup>. Эта точка зрения находила своё завершение в некоторых довольно радикальных позициях: либо в фактическом отождествлении обычая и закона у В.Д. Каткова<sup>317</sup>, либо в объявлении «заката обычного права» на основании лишь

---

<sup>312</sup> Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911. С. 214–217; Коркунов Н. М. Лекции... С. 379; Поляков А. В. Общая теория права... С. 634–635, 637; Трубецкой Е. Н. Лекции... С. 100.

<sup>313</sup> Васильев А. А. Охранительная концепция... С. 131–132.

<sup>314</sup> Fittipaldi E. Theory of Custom...

<sup>315</sup> Ковлер А. И. Антропология права. С. 117.

<sup>316</sup> Голунский С. А. Обычай и право // Сов. гос-во и право. 1939. № 3. С. 46–55; Марченко М. Н. Проблемы общей теории... С. 509; Шершеневич Г. Ф. общая теория права. С. 370–371, 451–452.

<sup>317</sup> Обычай в праве. С. 161.

того формального аргумента, что закон перестал санкционировать обычай (С.Л. Зивс)<sup>318</sup>. Надо отметить, что, если С.А. Голунский ещё исследовал признаки обычая, а уменьшение его роли пытался объяснить активной борьбой с «пережитками» (аргумент всё же социологически направленный, пусть и ошибочный), то С.Л. Зивс подобных задач перед собой уже не ставил и отсылал к формальным аргументам. Но, пожалуй, с более курьёзным результатом рассматриваемого подхода можно столкнуться в некоторых исследованиях, вполне доброжелательно относящихся к обычаям и пытающихся показать их актуальность как источника права, но при этом делающих выводы о существовании обычая в той или иной отрасли на основании лишь того, что закон отсылает к гипотетически существующему обычаю, или даже выявляющих характеристики самих обычаев (такие, как их императивность или диспозитивность) на основании законодательных установлений<sup>319</sup>.

Интересен подход А.С. Доброва, создавшего свою теорию на основе достижений коллективной психологии и рефлексологии<sup>320</sup>. Психологический аспект, по Доброву, обозначает, что люди считают обычай общеобязательным в силу ошибочного представления о том, что он защищается государством. Конечно, этот тезис могло бы подтвердить интересное исследование А.В. Дашина относительно современной трансформации обычая кровной мести, приведшей к тому, что родственники убитого требуют у государства казнить убийцу, чтобы им самим не совершать кровную месть<sup>321</sup>. Но, пожалуй, это лишь исключительный пример: сомнительно, что в традиционных условиях кровники успокаивали себя тем, что кровная месть якобы защищается государством. Вместе с тем, как следует из текста Доброва, он понимал кровную месть как пример обычая без утверждения его неправового характера. Другой аспект подхода состоит в том, что человек, убедившись в том, что за определённое преступление последует определённое наказание с соответствующим причинением страданий, в будущем

<sup>318</sup> Зивс С. Л. Источники права. С. 152–161.

<sup>319</sup> Анисимов А. П. О правовых обычаях // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 11. С. 105–110; Миклашевская Н. И. Взаимодействие обычаев делового оборота и законодательных норм в механизме гражданского правового регулирования // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния РАН. 2005. № 6. С. 360–375.

<sup>320</sup> Добров А. С. Формирование права... № 3.

<sup>321</sup> Дашин А. В. Уголовно-правовые особенности квалификации обычая кровной мести на Северном Кавказе // Общество и право. 2012. № 1(38). С. 110–114.

воздержится от преступления, опасаясь испытать страдания. Гипотеза, безусловно, интересная, и в исследованиях функционирования обычая было бы полезно использовать, в том числе, достижения естественных наук (к чему, кстати, обращается антропология права, не считая, разумеется, такое обращение единственно возможным методом исследования), но выводы А.С. Доброва трудно укладываются в реальность. Так, его подход не может объяснить, почему до сих пор не искоренены преступления?

Иной подход предлагает теория правового плюрализма (из российских исследователей её представляют, в частности, И.Б. Ломакина, В.О. Бобровников). Данная теория отмечает, что обычаи не утрачивают обязательную силу и не исчезают от одного лишь запрета или ограничения законом. С другой стороны, предлагается рассматривать обычай в его взаимосвязи с другими условиями и видами нормирования, включая законы, потому что не только обычай может дерогировать закон, но и правовая политика может повлиять на обычай<sup>322</sup>.

Л.И. Петражицкий предложил здравый научный подход, концептуально близкий учению исторической школы: нужно разделять теоретический и практический подход к обычаю. Теоретический подход связан с императивно-атрибутивными переживаниями человека, считающего, что существует определённый обычай, ссылающийся на то, что так поступали многие поколения. С этой точки зрения существуют все обычаи, даже те, которые основаны на ошибке или квалифицируются как неразумные. Практический же подход связан, во-первых, с догматикой (главным образом, с установлением того, действительно ли многие поколения людей следовали определённой модели поведения, считая её обязательной). В сущности, этот аспект и относится к выявлению существования норм обычая, не касаясь его характеристик как разумных или неразумных. С точки зрения первых двух аспектов, закон не влияет на существование обычая: обнаруживается, что обычай обязателен сам по себе. Но есть ещё политический

---

<sup>322</sup> Бобровников В. О. Мусульм. право и обычай... С. 69–74, 76–83; Ломакина И. Б. Правовой плюрализм как методологическое основание обычного права: социолого-коммуникативный ракурс // Изв. ВУЗов. Правоведение. 2015. № 2 (319). С. 22–33.

аспект, сквозь призму которого и начинают оценивать ценность обычая, целесообразность его ограничения и т.п.<sup>323</sup>

Д.И. Мейер решительно заявлял, что обычай обязателен в силу своего существования<sup>324</sup>. Е.Н. Трубецкой уточнял, что обычай обязателен в силу социального авторитета, независимого от государства<sup>325</sup>. Рассуждая о разнице между юридическими и простыми обычаями, Е.Н. Трубецкой писал, что последние не имеют предоставительно-обязывающего эффекта<sup>326</sup>. Но, в сущности, под неюридическими обычаями он имел в виду обыкновения: практику, не имеющую обязательной силы, своего рода норму социальной статистики<sup>327</sup>.

В целом, типичны суждения о том, что обычай, могущий преодолевать диспозитивную норму закона, не может преодолеть норму императивную, а в случае противоречия императивной норме, он не должен применяться<sup>328</sup>. Вместе с тем, существовала и другая позиция. Так, по мнению И.В. Киреевского и Д.И. Мейера, обычай может дерогировать закон как полностью, так и, главным образом, частично (как выразился Мейер, обладает «подтачивающей силой»); причём славянофил И.В. Киреевский видел в этом свойстве обычая возможность смягчать жестокие законы<sup>329</sup>. Такого же мнения придерживался и Н.М. Коркунов, вообще считавший обычай и закон источниками, равными по силе. Учёный полагал, что императивная норма может быть дерогирована обычаем, если и члены социальной группы, и правоприменители будут убеждены в несправедливости закона<sup>330</sup>. Я.М. Магазинер, отказавший обычаю в способности дерогировать императивную норму, тем не менее, подробно рассмотрел так называемую «обычную практику». Речь идёт об обычаях, действующих в практике государства. В данном случае разговор шёл о том, утрачивает ли закон

<sup>323</sup> Петражицкий Л. И. Теория... С. 420–421; Fittipaldi E. Theory of Custom...

<sup>324</sup> Мейер Д. И. Рус. гражд. право. С. 46.

<sup>325</sup> Трубецкой Е. Н. Лекции... С. 92.

<sup>326</sup> Там же. С. 100–103.

<sup>327</sup> Белкин А. А. Обычаи и обыкновения в государственном праве // Изв. ВУЗов. Правоведение. 1998. № 1 (220). С. 34–39.

<sup>328</sup> Магазинер Я. М. Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006. С. 51. URL: [https://www.litres.ru/ya-m-magaziner/izbrannye-trudy-po-obshchey-teorii-prava/?just\\_bought=1](https://www.litres.ru/ya-m-magaziner/izbrannye-trudy-po-obshchey-teorii-prava/?just_bought=1) (дата обращения: 12.05.2021); Миклашевская Н. И. Взаимодействие обычаев...

<sup>329</sup> Киреевский И. В. Духовные основы Русской жизни. М., 2007. С. 65–67; Мейер Д. И. Рус. гражд. право. С. 46.

<sup>330</sup> Коркунов Н. М. Лекции... С. 386.

свою действительность ввиду долгого неприменения. Я.М. Магазинер пришёл к выводу, что норма закона впадает в «анабиоз», т.е. до попытки применить эту норму точно нельзя сказать, действительна ли она или уже нет. И если в течение многих лет или десятилетий закон не применялся, Магазинер допускал ситуацию, что спорная норма станет мало-помалу восприниматься как недействительная, и тогда её будет очень затруднительно или даже невозможно применить снова<sup>331</sup>.

В самом общем виде можно согласиться с мнением, что отношение к обычаю в дореволюционной России предопределялось позициями консерватизма и западного либерализма<sup>332</sup>. Такие деятели, как М.М. Сперанский, К.А. Неволин считали, что законодательство должно соотноситься с обычаями и основываться на них<sup>333</sup>. Той же позиции придерживались и славянофилы, считавшие, что задача любого закона – превратиться в обычай народа, чтобы не быть ему чуждым<sup>334</sup>. Интересно, что советский исследователь С.А. Голунский, выступавший, конечно, категорически против «пережитков прошлого», полагал, что особо социально значимые нормы, установленные законом, должны существовать и в виде обычаев социалистической морали, чтобы эффективней поддерживать правопорядок<sup>335</sup>. А.А. Башмаков, рассуждая о судебной практике, заметил, что судьи, когда применяют так называемый «разум закона» при толковании в случае пробелов, фактически прибегают к помощи зарубежной доктрины. Это замечание было вызвано тем, что в случае обнаружения пробела в законодательстве, предписывалось руководствоваться «разумом закона», а А.А. Башмаков предлагал пересмотреть этот порядок в пользу обычая, поскольку именно обычай сможет приблизить толкование права к условиям России<sup>336</sup>. Наконец, Д.И. Дриль полагал, что, хотя обычай – и отстаёт от технического прогресса, тем не менее к нему полезно обращаться, чтобы черпать из него нормы высокой нравственности, понятие о справедливости<sup>337</sup>.

---

<sup>331</sup> Магазинер Я. М. Избранные труды... С. 52–62.

<sup>332</sup> Краевский А. А. *Jus non scriptum*...

<sup>333</sup> Тимошина Е. В. История... С. 12, 37.

<sup>334</sup> Васильев А. А. Охранительная концепция... С. 86.

<sup>335</sup> Голунский С. А. Обычай и право.

<sup>336</sup> Башмаков А. А. Отношение суда к обычаю по новому проекту Устава гражданского судопроизводства // Вестн. права. 1901. № 2. С. 1–26.

<sup>337</sup> Дриль Д. А. Обычай и закон.

Особенно большие дискуссии по поводу оценки обычаев возникали вокруг крестьянской и инородческой политики. Одни исследователи видели преимущества крестьянского правопорядка, усматривали в нём устремлённость к справедливости и предлагали сближать имперское законодательство и обычаи крестьян, создавая кодексы, которые основывались бы на нормах обычного права<sup>338</sup>. Напротив, другие проявляли недоверие крестьянским и инородческим обычаям на основе их несоответствия праву Российской Империи<sup>339</sup>.

Л.И. Петражицкий, имея в виду старообразные обычаи, в противоположность Д.А. Дрилю, утверждал, что они препятствуют не только техническому прогрессу, но и пагубно сказываются на нравственном состоянии. Но нужно учесть, что позиция учёного не прямолинейна. Дело в том, что ценность обычного права он рассматривал эволюционистски, исходя из потребностей времени. По его мнению, обычаи были хороши на ранних стадиях развития человечества, но со временем они стали препятствовать техническому и нравственному прогрессу, поэтому необходимо стремиться к тому, чтобы ввести правление на основе закона<sup>340</sup>. Интересно, что Л.И. Петражицкий, желая подчеркнуть свой тезис о косности обычаев, пишет, что есть разница между знанием предков и знанием (а точнее, незнанием смысла нормы) потомков: по сути, речь идёт о затемнении обычая<sup>341</sup>. Также он пишет о том, что рядом с обычным правом всегда действует и право интуитивное, которое иногда разрушает обычаи<sup>342</sup>. На мой взгляд, все эти высказывания обозначают фактическое признание того, что обычаи всё же обладают динамизмом. Действительно, А.Б. Гофман отметил факт, к которому я ранее уже обращался, а именно способность обычаев (несмотря на их большую устойчивость, по

---

<sup>338</sup> Левандовский Д. В. Волостной суд с точки зрения современного законодательства // Журн. мин-ва Юстиции. 1899. № 1. С. 138–156; Никонов С. П. Земля, община и X том // Журн. Мин-ва юстиции. 1902. № 6. С. 78–105.

<sup>339</sup> Галкин А. Г. Правосудие для крестьян: Волостные и мировые суды в оценке крестьян и образованного общества (1870-1880-е гг.) // Историческая и социально-образовательная мысль. 2011. № 4. С. 191–195; Попп И. А. Местный волостной суд в 1860 -1890-х гг. Екатеринбург, 2017. С. 7–28, 39–61.

<sup>340</sup> Петражицкий Л. И. Обычное право (1899) // Теория и политика права. Избранные труды. СПб., 2010. С. 200–214.

<sup>341</sup> Петражицкий Л. И. Теория... С. 448.

<sup>342</sup> Петражицкий Л. И. Обычное право. С. 205–206.

сравнению с модой) изменять своё значение и сферу действия<sup>343</sup> (снова вспоминается перенесение нормативного регулирования в Японии с семьи и деревни на корпорации).

Отдельный интерес представляет концепция аксиом интуитивного права Петражицкого<sup>344</sup>. Думается, что аксиомы права как нормы «само собой разумеющегося», принимаемого всеми людьми без сомнения, ближе к обычаю (исламское право говорит в этом месте о негласных обычаях), чем к тому, что Л.И. Петражицкий относил к интуитивному праву.

Примечательно следующее мнение А.А. Краевского и Е.В. Тимошиной: «Правовые обычаи не принадлежат области долженствования - они либо действительны, либо не существуют»<sup>345</sup>. Думается, что здесь не всё так просто. Во-первых, можно вспомнить слова Сюнь-цзы про дао, которое «то отбрасывалось, то возрождалось». А во-вторых, есть замечание Л.И. Петражицкого, что некоторые старообразные обычаи переживали перерывы в действии, после чего возрождались<sup>346</sup>. Но процитированное высказывание, на самом деле, поднимает ещё одну проблему, обсуждаемую, в частности, отечественными юристами. Как правоприменителю следует воспринимать обычай: как норму права или как факт? И нужно ли обычай доказывать?

А.И. Поротиков полагает, что работу суда по установлению обычая нужно разделить на два этапа: сперва стороны должны сами доказать факт обычая, а потом уже судья квалифицирует норму как обычай. Учитывая, что учёный тут же признаёт, что обычай есть норма, возникает непоследовательность, и разъяснение отличий от международного права (что последнее заведомо известно как действительное, в отличие от обычая) не спасает положение: ведь обычай действителен, как и иностранное право, независимо от знаний судьи. Аргументация автора сводится, по сути, к упрощению работы судьи<sup>347</sup>. Более обоснованными видятся подходы А.А. Башмакова и Н.М. Коркунова,

<sup>343</sup> Гофман А. Б. Мода и обычай // Рубеж: альманах социальных исследований. 1992. вып. 3. С. 123–142.

<sup>344</sup> Петражицкий Л. И. Теория... С. 484–485.

<sup>345</sup> Краевский А. А. *Jus non scriptum*...

<sup>346</sup> Петражицкий Л. И. Теория... С. 440.

<sup>347</sup> Обычай в праве. С. 188–191.



рассматривавших обычай как норму права, которую отыскивать должен суд<sup>348</sup>. А.А. Башмаков считал опасным доверять сторонам доказывать обычай. Действительно, стороны являются лицами заинтересованными, и можно ли им доверять судьбу нормы права, которая должна быть к ним применена? Башмаков предлагал в случаях, когда судье обычай неизвестен, присяжных, которые подтверждали бы или опровергали существование обычая. Н.М. Коркунов также считал, что судья должен сам узнавать нормы обычая, но допускал прибегать к помощи сторон.

## § 2. Обычай в контексте практики

Правовая система допетровской России включала официальное (а точнее, государственное) и социальное право, но с первой четверти XVIII века эти виды права представляли собой две достаточно резко обособленные правовые подсистемы. Первая причина их сильного обособления – реформы Петра I, благодаря привнесению многочисленных новшеств и неоднократным корректировкам ставшие, по сути, правовой революцией. Вторая причина связана с расширением территории Российской Империи и переходом в подданство инородцев. В XIX – начале XX вв. предпринимались попытки сближения этих правовых подсистем<sup>349</sup>. Репрезентативным примером реализации направленного на решение данной задачи правового регулирования представляется создание волостных и инородческих судов, поэтому ниже остановлюсь на них.

В рамках Крестьянской реформы деятельность волостных судов была урегулирована ст.ст. 93 – 110 «Общих положений о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 19.02.1861 г.<sup>350</sup> Системы инородческих судов отличались разнообразием. Суды для северных, сибирских, астраханских, ставропольских инородцев и киргизов учреждались «Уставом об управлении инородцев» 12.07.1822 г.<sup>351</sup>, затем – «Положением об инородцах» 1892 г.<sup>352</sup> На

<sup>348</sup> Башмаков А. А. Отношение суда к обычаю...; Коркунов Н. М. Лекции... С. 370–373.

<sup>349</sup> Белик В. Н. Историко-теоретические особенности восприятия правового обычая в качестве источника права в России // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 5. С. 91–105; Игнатъева Е. Ю. Судебное правотворчество... С. 62–63; Краевский А. А. *Jus non scriptum*...

<sup>350</sup> Российское законодательство X–XX веков. Т. 7. Документы Крестьянской реформы. М., 1989. С. 57–60.

<sup>351</sup> Высочайше утвержденный Устав от 22.07.1822 "Об управлении инородцев". URL: <https://base.garant.ru/58102533/> (дата обращения 12.05.2021).

Северном Кавказе параллельно существовали три судебные системы: суды военные, областные и инородческие<sup>353</sup>. Также были народные суды Туркестанского края<sup>354</sup> и гминные суды в Польше<sup>355</sup>.

Согласно ст. 107 «Общих положений...» 1861 г., ст. 68 «Устава об управлении инородцев», ст. 86 «Положения об инородцах» и статьям других актах, волостные и инородческие суды должны руководствоваться обычаями (или 'адатом) и совестью, а в некоторых случаях – нормами шариата. Однако, по мнению Л.И. Петражицкого и ряда других учёных, эти суды основывали решения не на обычаях, а на интуитивном праве или вовсе на произволе<sup>356</sup>. Сторонники другой позиции (Д.В. Левандовский, А.А. Леонтьев и др.) замечают, что волостные суды должны были применять и применяли обычаи<sup>357</sup>. Первая позиция связана с отрицанием существования обычаев у крестьян или с выводом, что сами судьи не знали или игнорировали обычаи. Действительно, судьи не всегда глубоко анализировали обычаи, но это было связано не с отсутствием обычаев у крестьян, а с личностью судей, среди которых более или менее часто (в зависимости от вида суда и от периода) оказывались неопытные или недостойные своего высокого статуса люди. Между прочим, уверенность в отсутствии обычаев повлияла на практику гминных судов, применявших только закон, хотя предполагалось, что они будут применять и закон, и обычаи<sup>358</sup>. В гминных судах председательствовали представители образованного населения, и можно предположить, что они легко убеждали в отсутствии обычаев заседавших с ними

<sup>352</sup> Из «Положения об инородцах» о правах и управлении сибирских инородцев // Сословно-правовое положение и административное устройство коренных народов Северо-Западной Сибири (конец XVI — начало XX века): Сб. правовых актов и документов. Тюмень, 1999. С. 151-167.

<sup>353</sup> Сотников А. А. Особенности проведения Судебной реформы 1864 года на территориях Северного Кавказа. М., 2019. С. 29–74.

<sup>354</sup> Дельвиг Б. Н. Киргизский народный суд в связи с правовым положением инородцев степного края // Журн. мин-ва Юстиции. 1910. № 5. С. 122-140.

<sup>355</sup> Ульянов Н. О. О природе гминных судов в царстве Польском // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2015. вып. 9. С. 30-36.

<sup>356</sup> Безгин В. Б. Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX – начала XX века. Тамбов, 2012. С. 113–114; Галкин А. Г. Правосудие для крестьян...; Дельвиг Б. Н. Киргизский народный суд...; Петражицкий Л. И. Теория... С. 498.

<sup>357</sup> Дорская А. А. Судебная реформа 1864 года: проблема единства судебной системы // Судебные реформы в России: история и современность: сб. статей по матер. междунар. науч.-практ. конф. СПб., 2014. С. 114-120; Левандовский Д. В. Волостной суд...; Леонтьев А. А. Волостной суд // Журн. мин-ва Юстиции. 1905. № 1. С. 67-110.

<sup>358</sup> Волконский В. Несколько слов по поводу разрешения гминными судами дел по наследованию и возникающим из сего разделам имущества между сельскими жителями (ст. 1490 п. 1 Уст. Гражд. суд.) // Журн. м-ва Юстиции. 1896. № 7. С. 193-202.

судей-крестьян, которые не могли обоснованно опровергать данное мнение ввиду своей непосвящённости в тонкости юридической догматики и герменевтики. Интересно, что в волостных и других инородческих судах подобные сомнения встречались редко и чаще всего вызывались давлением земских начальников. Даже в кавказских народных судах, где вместе с местными жителями заседали представители военной и гражданской власти, не сомневались в существовании адатов, что, видимо, было связано с умением местных кади проводить полноценный юридический анализ и с тем, что представители Российской Империи сами же и инициировали применение 'адата.

Можно согласиться, что рассматриваемые суды применяли как обычаи и дух обычного права, так и общегосударственные законы<sup>359</sup>. Правда, законы нередко применялись формально (простым записыванием в протокол номеров статей) и неправильно, но подобные ошибки встречались не во всех решениях<sup>360</sup>. Причём суды обязаны были применять имперский закон лишь в случае невозможности опереться на обычай или свою практику (прим. 1 к ст. 102 «Общих положений...» 1861 г., ст. 72 «Устава об управлении инородцев»). Эти правила не лишали судей права применять обычаи, например, при толковании норм закона, в чём помогали принципы обычного права («грех пополам», назначение наказания «смотря по человеку» и др.). Кстати, наличие в обычном праве крестьян названных и других абстрактных норм подтверждает тезис И.Б. Ломакиной о том, что содержанием обычаев могут быть и принципы права, и одновременно уточняет тезис Л.И. Петражицкого о том, что обычаи всегда конкретны<sup>361</sup>.

С пересмотром решений волостных и инородческих судов была связана проблема применения государственными органами норм обычая. Как в контексте применения исламского права отмечал Е.А. Пушкин, общегосударственным судам следовало, во-первых, либо самим хорошо разбираться в применяемых

---

<sup>359</sup> Галкин А. Г. Правосудие для крестьян...; Сотников А. А. Особенности проведения Судебной реформы... С. 39–40.

<sup>360</sup> Безгин В. Б. Правовые обычаи... С. 114; Бурбанк Д. Правовая реформа и правовая культура: непризнанный успех волостных судов в имперской России // Известия ВУЗов. Правоведение. 2003. № 2 (247). С. 188–196.

<sup>361</sup> Ломакина И. Б. Обычно-правовой феномен: нормативный аспект // Криминалист. 2018. № 1 (22). С. 77–80; Петражицкий Л. И. Обычное право. С. 195–198.

нормах социального права, либо прибегать к помощи экспертов, а во-вторых, основывать решения непосредственно на нормах социального права, а не на их толковании Сенатом, которое могло оказаться ошибочным<sup>362</sup>.

Это замечание справедливо и для обычаев<sup>363</sup>. Как показал Д.В. Левандовский, губернские присутствия обязаны были при пересмотре решений волостных судов применять обычаи. Но, на практике, волостные суды и уездные съезды применяли обычаи, а губернские присутствия отменяли эти решения исключительно на основании заведомо несоответствующих обычаям норм закона, хотя Сенатом было дозволено применение даже обычаев *contra legem*<sup>364</sup>.

Авторы законов о волостных и инородческих судах и некоторые сторонники этих институтов настаивали, что эти суды создаются не для изоляции социальных групп, а для сближения социального и официального права путём «окультуривания» этих групп, после которого можно было бы ввести на всей территории Российской Империи общие узаконения. Для этих целей предписывалось (ст. 68 акта 1822 г.) и неоднократно предпринимались попытки создать «степные законы» и другие кодексы обычного права, в рамках которых, в частности, можно было бы «смягчить» обычаи<sup>365</sup>.

Вообще для правовой системы Российской Империи было свойственно двухуровневое законодательство, подразумевающее, с одной стороны, регулирование общими законами, а с другой, издание множества специальных законов, часто посвящаемых регулированию отношений конкретных народностей<sup>366</sup>. Мировым судьям при разрешении гражданско-правовых споров было дозволено применять обычаи. Но, поскольку судьям не всегда были доступны достоверные сведения об обычаях, данное дозволение, по оценке Е.Ю. Игнатьевой, приводило к вынесению произвольных решений<sup>367</sup>. Кроме того, Сенат в своей практике активно занимался вопросами обычного права, определения его норм и их применения. В частности, сперва Сенат разработал

---

<sup>362</sup> Пушкин Е. А. О применении магометанских законов при производстве о наследствах, оставшихся после магометан // Журн. мин-ва Юстиции. 1898. № 5. С. 93-124.

<sup>363</sup> Леонтьев А. А. Волостной суд.

<sup>364</sup> Дорская А. А. Судебная реформа...; Левандовский Д. В. Волостной суд...

<sup>365</sup> Леонтьев А. А. Волостной суд...

<sup>366</sup> Игнатьева Е. Ю. Судебное правотворчество... С. 64-65.

<sup>367</sup> Там же. С. 85, 108.

рекомендации, используя которые суды могли узнавать правила обычая (показания местных жителей, использование документов и т.п.). Но позднее Сенат дозволил волостным судьям самим принимать решения о выявлении норм обычая. Но данное решение имело оборотную сторону: нередко обычай оказывался откровенной фикцией, прикрывающей вынесение решения по приказу земского начальника<sup>368</sup>.

В период СССР обычай переживал не лучшие времена. Его применение допускали лишь в самом начале советской власти с целью завоевать доверие разных народов. Но позже обычай был объявлен «вредным пережитком», а некоторым нормам обычного права даже были посвящены специально статьи уголовных кодексов<sup>369</sup>. Однако, как показывают исследования, многие обычаи не удалось искоренить. И ещё в советское время Е.В. Колесников показал, что в советском государстве существуют, к примеру, конституционные обычаи<sup>370</sup>.

В современном российском законодательстве появились нормы, в той или иной степени допускающие применение обычаев. К ним относятся, в частности, ст.ст. 5 и 421 ГК РФ, допускающие, по сути, субсидиарное применение обычаев.

В связи с этим особый интерес представляет исследование современной судебной практики применения обычаев<sup>371</sup>, когда, казалось бы, у судов должны были установиться методы и подходы. И это исследование выявило ряд проблем. Во-первых, суды очень редко применяют в своей практике обычаи. Во-вторых, они не всегда понимают, что такое обычай, и применяют вместо него различные факты и иные правила. Правда, довольно интересно, что как обычай иногда применяют сложившиеся правила словоупотребления. Учитывая, что в исламском праве именно как обычай выделяют лингвистические конвенции, а в китайской философии есть концепция имён, определяющих порядок, данное наблюдение представляет определённый интерес и в рамках обычно-правовой проблематики. Наконец, главная проблема заключается в том, что суды часто бездоказательно

---

<sup>368</sup> Скрыбин И. В. Проблемы регулирования норм обычного права в судебной практике Правительствующего Сената // Казанская наука. 2011. № 11. С. 44–46.

<sup>369</sup> Белик В. Н. Историко-теоретические особенности...; Краевский А. А. *Jus non scriptum*...

<sup>370</sup> Белик В. Н. Историко-теоретические особенности...; Колесников Е. В. Обычай как источник советского государственного права // Изв. ВУЗов. Правоведение. 1989. № 4. С. 19–25.

<sup>371</sup> Краевский А. А. *Jus non scriptum*...

принимают или отвергают предполагаемые обычаи. Можно согласиться с выводом, что нередко обычай служит фикцией (вольной или невольной), которой современные суды в тех редких случаях, когда применяют обычаи, прикрывают своё правотворчество<sup>372</sup>, что напоминает ситуацию, о которой в своё время писал А.А. Башмаков, но тогда, наоборот, суды применяли разум закона в ущерб обычаю. Возможно, столь невнимательное отношение судов к обычаю можно объяснить тем, что они воспринимают их как факты (утверждение, разумеется, на данный момент гипотетическое).

### **Вывод**

Исследование, проведённое в данной главе, показало неоднозначное отношение к обычаю в российской правовой системе и теории права. С одной стороны, у России был уникальный шанс непосредственно применить теоретические подходы к обычаю, причём на эту теорию оказала влияние историческая школа права. И этим шансом в Российской Империи воспользовались, в целом, успешно. Но, с другой стороны, на данный момент обострилась проблема, связанная с тем, что правоприменители по тем или иным причинам не умеют применять обычаи. Думается, одна из причин этой проблемы коренится в теоретических подходах: по сути, теоретически остаётся спорным статус обычая как источника права, является ли он фактом или правом. Однозначно, что исследование обычая с использованием в качестве единственного критерия данных законодательства малопродуктивно.

---

<sup>372</sup> Там же.

## Заключение

Настоящее исследование позволило прийти к следующим основным выводам.

Во-первых, в целом, во всех культурах обычай воспринимается как общеобязательный регулятор общественных отношений. При этом основанием его обязательности может быть как стихийная социальная деятельность, так и связь с конкретными авторитетами.

Во-вторых, можно заключить, что в глазах представителей восточных правовых культур обычай более важен, чем в глазах представителей культур западных. Восточные правоведы и философы исходят из того, что обычай является необходимым условием эффективного функционирования и укрепления правовой системы. Этим культурам близок тезис А.С. Хомякова: «Закон должен стремиться к тому, чтобы перерасти в обычай и не нуждаться более в письменных документах»<sup>373</sup>. Сказанное относится и к исламскому праву, которое связывает своё происхождение с волей Аллаха, но считает, что люди через знание должны делать созданные его волей нормы само собой разумеющимися. Вместе с тем, что видно не только из тезиса Хомякова, понимание необходимости того, чтобы обычай укреплял закон, присутствует и у некоторых западных и российских исследователей.

В-третьих, обычай воспринимается как произошедший в результате человеческой (общественной) деятельности. Более того, даже даосские философы, бывшие натуралистами по философским убеждениям, выстраивали теории о том, как обычаи произошли. Это никак не противоречит тому, что он нередко воспринимается как нечто естественное. Если пытаться понять его восприятие как чего-то естественного, то лучше всего взять на вооружение китайские идеи гармонии с миром через его познание и реализацию в общественной жизни. Действительно, даже при восприятии обычая как естественного, людям свойственно ссылаться на свой опыт и опыт предков, т.е. людей, пусть и легендарных.

---

<sup>373</sup> Цит. по: Васильев А. А. Охранительная концепция... С. 86.

В-четвёртых, при том, что, в целом, обычай воспринимается как обязательный регулятор общественных отношений, некоторые философские школы относились негативно к попыткам сознательного навязывания соответствующих моделей поведения. Для них (речь, прежде всего, о даосах) обычай был обязателен постольку, поскольку способствовал гармоничному упорядочению отношений между людьми.

В-пятых, большой вес во всех правовых культурах имеет старообразный обычай, особенно если он представляет цивилизацию, т.е. является общим, а не партикулярным. Яркий пример – ли в Китае, но вряд ли будет обоснованной мысль, что этот пример представляет исключение.

Вместе с тем, в-шестых, обычай может восприниматься как искажение изначального идеального порядка вещей. Но тогда он, если он старообразный, его можно принять как средство, пусть и несовершенное, распознавания справедливости, принципов построения отношений и пр. И тем легче воспринять обычай как олицетворение справедливости, если вспоминать, что он содержит не только внешнюю обрядовую сторону, но и внутренний аспект.

В-седьмых, предыдущее обстоятельство позволяет воспринимать обычай как хорошее средство познания мира, истолкования народного духа или духа традиции. С помощью такого познания становится возможным вырабатывать принципы регулирования, говорить об институтах, утверждаемых обычаем.

В-восьмых, наиболее сложные системы классификаций обычаев выработаны юристами романо-германской и мусульманской правовых семей. Пример исламского права, в частности, показывает, что обычай может применяться как эксплицитно (путём прямой ссылки на него), так и имплицитно, когда существует необходимость более надёжной легитимации обычая в глазах правоприменителя.

В-девятых, можно убедиться, что для тех, кто оторван от правообразующей группы, породившей обычай, познавать норму обычая довольно сложно, но возможно, если для этого подходить строго, ориентируясь на методы распознавания обычая. Довольно интересна методология, разработанная в связи с установлением



подлинности хадисов. Понятно, что она полностью не применима к нашим условиям (всё-таки методология была обусловлена спецификой происхождения хадисов), но теория иснада может дать некоторые идеи (например, не просто опрашивать лиц, могущих подтвердить обычай, но и удостоверяться в том, что этим лицам вполне можно доверять и т.д.). К сожалению, для российских судов остаётся актуальной проблема неумения (а возможно, и нежелания) устанавливать норму обычая и применять её.

Конечно, сделанные выводы не могут исчерпать тему настоящей работы. Так, обращает на себя внимание то обстоятельство, что исламские юристы, подходящие к праву с методологической точки зрения так же, как и западные и российские юристы, относят к обычаям и словоупотребление: факт, заслуживающий пристального изучения и осмысления. Разумеется, и это замечание не может стать последним наблюдением в процессе осмысления понятия «обычай».

Таким образом, изучение обычая как непосредственного проявления человеческой деятельности, нормирующего, вместе с тем, отношения, может дать богатую пищу для философских размышлений, а также подарить немало интересных идей, касающихся создания стабильного и прочного общественного порядка, основанного не только на началах внешнего регулирования, но и началах духовности, здорового правосознания.

**Приложение 1**  
**Иерархия доводов фикха (далиль) в разных мазхабах (с точки зрения муджтахида)**

Место в иерархии	Ханифитский мазхаб	Маликитский мазхаб	Шафиитский мазхаб	Ханбалитский мазхаб	Джафаритский (имамитский) мазхаб
1	Коран		Коран и Сунна (хадис – достоверный)	Коран	
2	Сунна (хадис должен быть достоверным и распространённым; хороший хадис принимается в качестве дополнения; принимаются безымянные хадисы)	Сунна (предпочтительнее хадис, рассказанный жителями Медины, или отражённый в их практике (мединский ‘амаль), или соответствующий их практике)	Иджма’ сподвижников Мухаммада (сахабов) и учёных других времён	Сунна (хадис не должен быть слабым и сфальсифицированным)	Сунна (хадисы о Пророке и двенадцати имамах; хадис – рассказанный и подтверждаемый людьми дома Пророка (ахль аль-байт) и теми, кто встречался с непогрешимыми имамами)
3	Иджма’ сахабов и учёных других времён	Иджма’ сахабов и учёных Медины	Кияс	Иджма’ сахабов	Иджма’ ахль аль-байт
4	Личные мнения праведных халифов	Личные мнения сахабов	Истисхаб	Личные мнения сахабов	‘Акль
5	Личные мнения известных сахабов	Истислах и истисхаб	‘Урф и ‘адат	Слабые хадисы (не должны быть сфальсифицированными)	Истисхаб
6	Кияс	кияс		Истислах и истисхаб	
7	Истихсан и истисхаб	Редко встречающиеся привычки жителей Медины		Кияс	
8	‘Урф и ‘адат	‘Урф и ‘адат		‘Урф и ‘адат	

## Приложение 2

### Общие принципы фикха, касающиеся обычая, включённые в Маджалу

#### *Пояснительная записка*

Статьи Маджалы, в которых нашли отражение общие принципы фикха, касающиеся обычая (в значении ‘урф и ‘адат), приводятся по изданию:

Сюкияйнен, Л. Р. Общие принципы фикха как юридическое выражение этических ценностей ислама / Л. Р. Сюкияйнен // Ишрак: Ежегодник исламской философии. – 2010. – № 1. – С. 219–241.

При наличии доступного другого варианта перевода статьи, после параллельно приводится этот другой вариант, перед текстом которого в круглых скобках ставится отметка «Вариант». Другой вариант перевода приводится по изданию:

Антология мировой правовой мысли: Т. 1. Античность. Восточные цивилизации / отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. – М.: Мысль, 1999. – С. 683-688.

Статья 1. Исходным [предложением] является сохранение [в настоящем] состояния, которое было в прошлом.

Статья 6. Давно установленное [чьё длительное осуществление в прошлом служит подтверждением его правомерности] подлежит сохранению в своем прежнем состоянии.

(Вариант) Статья 6. То, что существует издревле, должно уважаться.

Статья 7. Ущерб не может быть давним [поскольку его причинение неправомерно].

(Вариант) Статья 7. Древность не освещает вреда.

Статья 10. Установленное [в качестве достоверного] в прошлом остается [в правовом отношении] неизменным до тех пор, пока нет доказательства противного.

Статья 17. Затруднение [препятствующее исполнению обязательства или соблюдению условия] влечет облегчение.

Статья 18. Если обстоятельства оказались затруднительными [для точного следования норме], то проявляется снисхождение [допускающее отход от установленного правила].

Статья 21. Необходимость дозволяет запрещенное.

(Вариант) Статья 21. Крайняя необходимость (или чрезвычайные обстоятельства) делает запрещенное дозволенным...

Статья 23. Допускаемое по конкретному основанию становится неправомерным с его [основания] прекращением.

Статья 32. Как общая, так и частная потребность занимает место необходимости [в случае дозволения запрещенного].

Статья 36. Обычай [имеет силу] как [правовая] норма.

(Вариант) Статья 36. Обычай имеет силу закона...

Статья 37. Применяемое людьми [правило] является аргументом, которому надлежит следовать.

Статья 38. Невозможное в обычных условиях равносильно невозможному в действительности.

Статья 39. Не исключается изменение норм с изменением времени.

(Вариант) Статья 39. Неоспоримо, что с переменной (течением) времени изменяется и применение закона.

Статья 40. Буквальное значение [слов] опускается [и уточняется] с учетом разъясняющего [общепринятый смысл высказывания] обычая.

(Вариант) Статья 40. Буквальный смысл слов может быть изменен обычаем...

Статья 41. Обычай принимается во внимание [только в том случае], если он является непрерывным или преобладающим.

Статья 42. Значение [в качестве основания правовой оценки] имеет то, что является преобладающим и общераспространенным, а не редко встречающимся.

Статья 43. Получившее признание в качестве обычая равносильно оговоренному в качестве условия [договора].

Статья 44. Получившее признание [в качестве обычая] между купцами равносильно оговоренному [в качестве условия сделок] между ними.

(Вариант) Статья 44. То, что освещено обычаем, считается как бы освещенным Божественным законом...

Статья 45. Закрепленное обычаем [правило] равносильно установленному нормой [предусмотренной Кораном или сунной либо сформулированной муджтахидами единогласно, если оно имеет одинаковый с ней смысл] либо условием, включенным в договор [при исполнении которого оно должно соблюдаться наряду с его положениями].

Статья 46. При столкновении запрета и дозволения следует соблюдать запрет.

Статья 60. Принятие во внимание высказывания [а также порождаемых его буквальным или иносказательным смыслом правовых последствий] предпочтительнее его игнорирования.

Статья 61. Если принятие высказывания в буквальном значении невозможно, то оно принимается в иносказательном смысле.

Статья 62. Если принятие высказывания [в буквальном или иносказательном смысле] невозможно, то оно оставляется без внимания.

Статья 64. Употребленное в абстрактном общем значении высказывание принимается [именно] в данном смысле, если оно не конкретизировано нормой [права либо положением договора] или целью [ради достижения которой оно сделано].

Статья 70. Общеизвестные жесты немого равносильны высказанному вслух.

## Список использованной литературы

### Нормативно-правовые акты и иные документы, содержащие нормы права

1. Высочайше утвержденный Устав от 22.07.1822 "Об управлении инородцев" // СПС «Гарант». URL: <https://base.garant.ru/58102533/> (дата обращения 12.05.2021).
2. Из «Положения об инородцах» о правах и управлении сибирских инородцев // Сословно-правовое положение и административное устройство коренных народов Северо-Западной Сибири (конец XVI — начало XX века): Сб. правовых актов и документов / ред.-сост. А.Ю. Конев. — Тюмень: Изд-во ИПОС СО РАН, 1999. — С. 151-167.
3. Российское законодательство X-XX веков: в 9 т. Т. 7. Документы Крестьянской реформы / отв. ред. О.И. Чистяков. — М.: Юрид. лит., 1989. — 432 с.
4. Гражданский кодекс Китайской Народной Республики / отв. ред. П. В. Трощинский. — М.: Синосфера, 2020. — 430 с., [1] с.
5. Закон Японии об общих правилах применения законов / пер. И. А. Орловой // Журн. междунар. частного права. — 2008. — № 4 (62). — С. 67–78.
6. Мухтасар Сахих Аль-Бухари: Краткое изложение достоверного сборника Аль-Бухари: в 2 т. Т. 1. / Аз-Зубайди. — Алматы: Каусар-Саяхат, 2013. — 609 с.

### Книги

7. Азаматов, Р. И. Теория целей шариата и её связь с источниками исламского права / Р. И. Азаматов; М-во обр. и науки РФ, Башк. гос. пед. ун-т им. М. Акмулы, Рос. ислам. ун-т ЦДУМ России. — Уфа, 2018. — 123 с., [1] с.
8. Али-заде, А. А. Исламский энциклопедический словарь / А. А. Али-заде. — М.: Ансар, 2007. — (Золотой фонд исламской мысли). — URL: <https://b-ok.cc/book/1156901/5bea92> (дата обращения: 20.01.2021).
9. Алимжан, К. Ю. Вопросы теории обычного права / К. Ю. Алимжан. — Алматы, 2003. — 320 с.
10. ан-Наубахти, ал-Хасан ибн Муса Шиитские секты / ал-Хасан ибн Муса ан-Наубахти; пер. с араб., исслед., коммент. С.М. Прозорова. — М.: Наука, 1973. — 255 с.
11. Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. 1. Античность. Восточные цивилизации / отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Мысль, 1999. — 749 с., [3] с.
12. Аренс, Г. Юридическая энциклопедия, или органическое изложение науки о праве и государстве, на основании принципов этической философии права / Г. Аренс. — М.: Тип. А. Семана, 1863. — VIII, 524 с., [2] с.
13. ас-Садр, М. Б. История 'Илм Аль-Усул / М. Б. ас-Садр // litres.ru: [сайт]. — М.: Исток, 2009. — URL: [http://www.litres.ru/pages/biblio\\_book/?art=23813877](http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=23813877) (дата обращения: 20.01.2021).
14. Атар, Ф. Ильм Усуль Аль-Фикх / Ф. Атар; пер. с тур. Т. Хабибуллина // Islamhouse.com: [сайт]. — 2009. — URL: [https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih\\_books/single/ru\\_fundamentals\\_of\\_fiqh.pdf](https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih_books/single/ru_fundamentals_of_fiqh.pdf) (дата обращения: 25.04.2021).
15. Аушев, Х. О. Преступление и наказание в Коране и Сунне: философско-религиоведческий анализ: дис. ... канд. философ. наук: 09.00.14 / Х. О. Аушев. — М., 2018. — 176 с.
16. Баишев, Ж. Общие принципы исламского права, теория доказательств и система наказания / Ж. Баишев. — Алматы: Жети жаргы, 1996. — 80 с.
17. Безгин, В. Б. Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX — начала XX века / В. Б. Безгин; М-во науки и обр. РФ, Тамбов. гос. тех. ун-т. — Тамбов, 2012. — 124 с.

18. Беккин, Р. И. Страхование в мусульманском праве: теория и практика / Р. И. Беккин // mgimo.ru: [сайт]. – М.: Анкил, 2001. – URL: <https://mgimo.ru/files/15618/15618.pdf> (дата обращения: 25.03.2021).
19. Белогриц-Котляревский, Л. С. Творческая сила обычая в уголовном праве / Л. С. Белогриц-Котляревский. – Ярославль: тип.-литограф. Г. Фальк, 1890. – 33 с., [2] с.
20. Бергер, П. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. – М.: Моск. филоС. фонд, 1995. – 323 с.
21. Бернам, У. Правовая система США / У. Бернам; пер. с англ. А. В. Александрова и др.; под общ. ред. В. А. Власихина. – М.: Новая юстиция, 2007. – 1211 с.
22. Бехруз, Х. Исламские традиции права / Х. Бехруз; М-во обр. и науки Украины, ОдеС. нац. юрид. акад. – Одесса: Юридична література, 2006. – 292 с., [4] с.
23. Бехруз, Х. Сравнительное правоведение: учеб. для ВУЗов / Х. Бехруз. – Одесса; М.: Феникс: ТрансЛит, 2008. – 500 с.
24. Бёрк, Э. Размышления о революции во Франции / Э. Бёрк; пер. с англ. С. Векслер, под ред. А. Бабича. – Лондон: Overseas Publications Interchange Ltd, 1992. – 411 с.
25. Бобровников, В. О. Мусульманское право и обычай в российском Дагестане: источники и исслед.: хрестоматия / В. О. Бобровников, М. Г. Шехмагомедов, Ш. Ш. Шихалиев; СПбГУ. – СПб.: Президентская библиотека, 2017. – 319 с.
26. Вагацума С. Гражданское право Японии: в 2 кн. Кн. 1 / Вагацума С., Ариидзуми Т.; пер. с яп. В. В. Батуренко, под ред. и вступ. ст. Р. О. Халфиной. – М.: Прогресс, 1983. – 350 с., [2] с.
27. Вайсс, Б. Дж. Дух мусульманского права / Б. Дж. ВайсС. – М.; СПб.: Диля, 2008. – 310 с., [3] с.
28. Ван ден Берг, Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / Л. В. С. Ван ден Берг. – М.: Наталис, 2005. – 240 с.
29. Васильев, А. А. Охранительная концепция права в России / А. А. Васильев. – М.: Юстицинформ, 2013. – 439 с., [1] с.
30. Васьковский, Е. В. Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов / Е. В. Васьковский. – М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913. – 152 с., [4] с.
31. Вебер, М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии: в 4 т. Т. 3. Право / М. Вебер; сост., общ. ред., предисл. Л. Г. Ионина. – М.: Изд. дом ВШЭ, 2018. – 331 с., [5] с.
32. Велаяти, А. А. Исламская культура и цивилизация / А. А. Велаяти. – М.: Феория, 2011. – 318 с., [1] с.
33. Галенская, Л. Н. Комментарий к международным правилам толкования торговых терминов «Инкотермс 2010» [Электронный ресурс] / Л. Н. Галенская / СПС «Гарант»: [сайт]. – Режим доступа: <https://base.garant.ru/12191664/> (дата обращения: 07.05.2021).
34. Гамбаров, Ю. С. Гражданское право. Т. 1. Часть общая / Ю. С. Гамбаров. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. – XI, 780 [1] с.
35. Гилязутдинова, Р. Х. Природа мусульманского права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Р. Х. Гилязутдинова. – Уфа, 2001. – 193 с.
36. Голубева, Л. А. Сравнительное правоведение: учеб. для ВУЗов / Л. А. Голубева, А. Э. Черноков, И. Л. Честнов. – Гатчина: Изд-во ГИЭФПТ, 2020. – 597 с.
37. Гране, М. Китайская мысль от Конфуция до Лаоцзы / М. Гране; пер. с фр. В. Б. Иорданского. – М.: Алгоритм, 2008. – 528 с.
38. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид; пер. с фр. и вступ. В. А. Туманова. – М.: Прогресс, 1988. – 495 с., [1] с.

39. Дайси, А. В. Основы государственного права Англии: введение в изучение английской конституции / А. В. Дайси; пер. О. В. Полторацкой; под ред. П. Г. Виноградова. – изд. 2-е. – М.: Тип. Т-ва И.Д. Сытина, 1907. – XXXVI, 671 с.
40. Дамирли, М. А. Сравнительное исламское право: введение в теорию и методологию / М. А. Дамирли. – Одесса: Феникс, 2017. – 296 с.
41. Дженкс, Э. Английское право (Источники права. Судостроительство. Судопроизводство. Уголовное право. Гражданское право) / Э. Дженкс; пер. Л. А. Лунца; предисл. М. М. Исаева и Л. А. Лунца. – М.-Л.: Юрид. изд-во – Тип. им. Евг. Соколовой, 1947. – 378 с.
42. Древнекитайская философия: собр. текстов: в 2 т. / сост. Ян Хин-шун; вступ. ст. В. Г. Бурова, М. Л. Титаренко. – М.: Мысль, 1972-1973. – 2 т.
43. Древнекитайская философия. Эпоха Хань / сост. Ян Хин-шун; вступ. ст. В. Г. Бурова; АН СССР, Ин-т философии, Ин-т востоковедения. – М.: Наука, 1990. – 522 с., [1] с.
44. Древние китайцы в эпоху централизованных империй / под ред. М. В. Крюкова и др.; АН СССР, ин-т этнографии им. Н. Н. Миклухо-Маклая, ин-т Дал. Востока. – М.: Наука, 1983. – 414 с., [2] с.
45. Духовная культура Китая: энцикл.: в 5 [1] т. Т. 1. Философия / ред. М. Л. Титаренко; РАН, Ин-т Дал. Востока. – М.: Вост. лит., 2006. – 727 с.
46. Еллинек, Г. Конституции, их изменения и преобразования / Г. Еллинек; пер. с нем. Б. А. Кистяковского. – СПб.: Юрид. кн. скл. «Право», 1907. – 118 с.
47. Еремеев, Д. Е. Ислам: образ жизни и стиль мышления / Д. Е. Еремеев. – М.: Политиздат, 1990. – 286 с., [2] с.
48. Ерёмин, В. Н. История правовой системы Японии / В. Н. Ерёмин. – М.: РОССПЭН, 2010. – 294 с., [1] с.
49. Журавский, А. В. Ислам / А. В. Журавский. – М.: Весь Мир, 2004. – 224 с.
50. Жюллио де ла Морандьер, Л. Гражданское право Франции: в 3 т. Т. 1 / Л. Жюллио де ла Морандьер; пер. с фр., вступ. ст. Е. А. Флейшиц. – М.: Изд-во иностр. лит., 1958. – 742 с.
51. Зивс, С. Л. Источники права / С. Л. Зивс. – М.: Наука, 1981. – 239 с.
52. Игнатьева, Е. Ю. Судебное правотворчество в Российской империи второй половины XIX – начала XX веков в процессе применения норм обычного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Е.Ю. Игнатьева. – СПб., 2020. – 224 с.
53. Инако Ц. Современное право Японии / Инако Ц.; пер. с яп. В. В. Батуренко, под ред. и вступ. ст. В. Н. Ерёмина. – М.: Прогресс, 1981. – 268 с. [1] с.
54. Искусство управления / сост., пер., предисл., коммент. В. В. Малявина. – М.: Астрель-АСТ, 2003. – 432 С. – (Кит. классика: новые пер., новый взгляд).
55. Ислам: энцикл. слов. / отв. ред. С. М. Прозоров; АН СССР, Ин-т Востоковедения. – М.: Наука, 1991. – 311 с., [7] с.
56. Каддафи, М. Завещание / М. Каддафи. – М.: Алгоритм, 2012. – 317 с., [2] с. – (Титаны XX века).
57. Казем-Бек, М. Избранные произведения / М. Казем-Бек; под ред. З. М. Бунятова, А. К. Рзаева; вступ. ст. А. К. Рзаева; АН АССР, Ин-т востоковедения. – Баку: Элм, 1985. – 422 с., [1] С. – (Клас. наследие Азербайджана).
58. Кельзен, Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен; пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. – СПб.: Алеф-Пресс, 2015. – 542 с.
59. Киреевский, И. В. Духовные основы Русской жизни / И. В. Киреевский. – М.: Ин-т рус. цивилизации, 2007. – 445 с., [3] с. – (Рус. цивилизация).

60. Кича, М. В. Обычай как форма права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях: сравнительно-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / М. В. Кича. – М., 2015. – 207 с.
61. Классическое конфуцианство: в 2 т. – СПб.; М.: Нева: ОЛМА-пресс, 2000. – 2 т. (Мировое наследие).
62. Книга правителя области Шан (Шан Цзюнь Шу) / пер. с кит., вступ. ст., послесл., коммент. Л. С. Переломова. – М.: Ладомир, 1993. – 392 с.
63. Кныш, А. Д. Шиитский ислам: учеб. пособие / А. Д. Кныш, А. И. Маточкина; СПбГУ. – СПб.: Президентская библиотека, 2016. – 183 с.
64. Кобзев, А. И. Философия китайского неоконфуцианства / А. И. Кобзев; РАН, Ин-т философии, Ин-т востоковедения. – М.: Вост. лит., 2002. – 606 с. – (История вост. философии).
65. Ковлер, А. И. Антропология права: учеб. для ВУЗов / А. И. Ковлер; Ин-т гос-ва и права РАН, Акад. правовой ун-т. – М.: Норма, 2002. – 480 с.
66. Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу») / пер. с кит., коммент. А. И. Кобзева и др.; отв. ред. Л. С. Переломов. – М.: Вост. лит., 2004. – 431 с.
67. Конфуций. Лунь юй / Конфуций; исслед., пер. с кит., коммент. Л. С. Переломова; РАН, ин-т Дал. Востока. – М.: Вост. лит., 1998. – 588 с., [2] с.
68. Коркунов, Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – М.: РОССПЭН, 2010. – 518 с., [1] с.
69. Кремер, А. фон. Мусульманское право / А. фон Кремер; пер. с нем. О. Р. Эйхгорна. – Ташкент: Тип. Окр. Штаба, 1888. – 62 с.
70. Кросс, Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс; под общ. ред. Ф. М. Решетникова, предисл. Ф. М. Решетникова, Т. В. Апаровой. – М.: Юрид. лит., 1985. – 237 с., [2] с.
71. Кучера, С. История, культура и право древнего Китая / С. Кучера; РАН, Ин-т Востоковедения. – М.: Наталис, 2012. – 414 с.
72. Лапина, З. Г. Учение об управлении государством в средневековом Китае / З. Г. Лапина; МГУ им. М. В. Ломоносова, Ин-т стран Азии и Африки. – М.: Наука, 1985. – 383 с.
73. Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Р. Леже; пер. с фр. А. В. Грядова. – изд. 2-е, перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – XLIX, 529 с.
74. Ло Хаоцай. Очерки современного административного права Китая / Ло Хаоцай; пер. с кит. А. В. Островского и др.; под ред. А. А. Демина. – М.: Книгодел, 2010. – 344 с., [1] с.
75. Магазинер, Я. М. Избранные труды по общей теории права / Я. М. Магазинер // litres.ru: [сайт]. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. – URL: [https://www.litres.ru/ya-magaziner/izbrannye-trudy-po-obschey-teorii-prava/?just\\_bought=1](https://www.litres.ru/ya-magaziner/izbrannye-trudy-po-obschey-teorii-prava/?just_bought=1) (дата обращения: 12.05.2021).
76. Малявин, В. В. Китайская цивилизация / В. В. Малявин. – М.: Дизайн. Информация. Картография (и др.), 2001. – 627 с., [4] с.
77. Мартынов, А. С. Конфуцианство. «Лунь юй»: пер. А. С. Мартынова: в 2 т. / А. С. Мартынов. – СПб.: Петерб. востоковедение, 2001. – 2 т. (Мир Востока, X-XI).
78. Марченко, М. Н. Проблемы общей теории государства и права: в 2 т. Т. 2: Право / М. Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – 643 с., [1] с.
79. Марченко, М. Н. Сравнительное правоведение: учеб. / М. Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – 784 с.
80. Материалы по китайской философии: введение. Школа Фа. Хань Фэй-Цзы / пер. А. Иванова. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 1912. – LXXXVI, 354 с.



81. Мейер, Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1 / Д. И. Мейер; МГУ им. М. В. Ломоносова, Юрид. фак., Каф. гражд. права. – М.: Статут, 1997. – 286 с., [4] с. – (Классика рос. цивилистики).
82. Монтень, М. Опыты: в 3 кн. Кн. 1–2. / М. Монтень; пер. А. С. Бобович и др. – 2-е изд. – М.: Наука, 1979. – 703 с.
83. Монтескье, Ш. Л. О духе законов / Ш. Л. Монтескье. – М.: Мысль, 1999. – 672 с.
84. Мэйн, Г. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям / Г. Мэйн; пер. Н. А. Белозерской. – Изд. 2-е, репр. – М.: URSS, 2010. – 312 с., [1] с.
85. Мэнцзы в новом переводе с классическими комментариями Чжао Цы и Чжу Си / исслед., пер. с кит., примеч. и прил. И. И. Семененко; МГУ им. М. В. Ломоносова, Ин-т стран Азии и Африки. – М.: Наука, 2016. – 901 с.
86. Обычай в праве: Сборник / Р.-М. З. Зумбулидзе, А. И. Поротиков // [litres.ru: \[сайт\]](https://www.litres.ru/aleksandr-ivanovich-porotikov/obyчай-v-prave/?just_bought=1). – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – URL: [https://www.litres.ru/aleksandr-ivanovich-porotikov/obyчай-v-prave/?just\\_bought=1](https://www.litres.ru/aleksandr-ivanovich-porotikov/obyчай-v-prave/?just_bought=1) (дата обращения: 10.05.2021).
87. Основы теории и истории исламского права / под общ. ред. И. Ю. Козлихина, И. А. Васильева; СПбГУ. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 2018. – 110 с.
88. Остроумов, Н. П. Мусульманское законоведение / Н. П. Остроумов. – Ташкент: Тип. при канцелярии Туркестан. ген.-губернатора, 1909. – 82 с.
89. Паскаль, Б. Мысли / Б. Паскаль; пер. И. Г. Бутовского. – СПб.: Лань, 2013. – URL: <https://e.lanbook.com/reader/book/5935/#1> (дата обращения: 21.01.2021). – Режим доступа: ЭБС «Лань».
90. Петражицкий, Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – СПб.: Лань, 2000. – 608 с.
91. Поляков, А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: учеб. / А. В. Поляков. – 2-е изд., исправл. и доп. – М.: Проспект, 2016. – 832 с.
92. Попп, И. А. Местный волостной суд в 1860 -1890-х гг. / И. А. Попп. – Екатеринбург: (б. и.), 2017. – 85 с.
93. Правотворчество как индикатор правовых ценностей: внутригос., наднац. и междунар. измерения. Коллектив. моногр. / под ред. И. Л. Честнова. – СПб.: Астерион, 2018. – 531 с., [1]с.
94. Пугачёв, В. В. Концептуальные основы политико-правового учения Абу-л-А'ла Маудуди: критический анализ: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В. В. Пугачёв. – СПб., 2019. – 271 с.
95. Пухта, Г. Ф. Курс римского гражданского права: Т. 1 / Г. Ф. Пухта; изд. Ф. Н. Плевако. – М.: Тип. «Соврем. Изв.», 1874. – 550 с.
96. Пухта, Г. Ф. Энциклопедия права / Г. Ф. Пухта. – Ярославль: Тип. Г. Фальк, 1872. – 99 с.
97. Радбрух, Г. Философия права / Г. Радбрух; пер. с нем. Ю. М. Юмашева. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 238 с.
98. Радуль-Затуловский, Я. Б. Конфуцианство и его распространение в Японии / Я. Б. Радуль-Затуловский. – М.; Л.: 1-я тип. Изд-ва АН СССР, 1947. – 451 с.
99. Рахманов, А. Р. Исламское право: учеб. / А. Р. Рахманов, Р. Ж. Рузиев, А. Р. Рахманов; М-во обр. и науки РФ, Башк. гос. пед. ун-т им. М. Акмуллы, Рос. ислам. ун-т ЦДУМ России // [bspu.ru: \[сайт\]](https://bspu.ru/files/2878). – Уфа, 2010. – URL: <https://bspu.ru/files/2878> (дата обращения: 30.04.2021).

100. Родионов, М. А. Ислам классический / М. А. Родионов. – СПб.: Петерб. востоковедение, 2001. – 249 с.
101. Ролз, Дж. Теория справедливости / Дж. Ролз; пер. с англ., науч. ред., предисл. В. В. Целищева. – 2-е изд. – М.: URSS, 2010. – 534 с., [1] с.
102. Роэ, М. Исламское право: история и современность / М. Роэ. – М.: Медина, 2019. – 574 с., [1] с.
103. Савиньи, Ф. К. фон. Система современного римского права: Т. 1 / Ф. К. фон Савиньи; пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут, 2011. – 508 с., [2] с.
104. Садагдар, М. И. Основы мусульманского права / М. И. Садагдар; Ун-т дружбы народов им. Патриса Лумумбы. – М., 1968. – 153 с.
105. Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / А. Х. Саидов; под ред. В. А. Туманова; Ин-т гос-ва и права РАН, Акад. правовой ун-т. – М.: Юрист, 2003. – 448 с.
106. Санай, М. Мусульманское право и политика. История и современность / М. Санай; Гос. акад. ун-т гуманитар. наук. – М.: Садра, 2016. – 164 с.
107. Сергеевич, В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права / В. И. Сергеевич. – 4-е изд. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1910. – VIII, 666 с., [1] с.
108. Сотников, А. А. Особенности проведения Судебной реформы 1864 года на территориях Северного Кавказа / А. А. Сотников. – М.: изд-во Моск. гос. обл. ун-та, 2019. – 145 с.
109. Сравнительное правоведение: национальные правовые системы: в 3 т. Т. 3. Правовые системы Азии / под ред. В. И. Лафитского; ин-т законодательства и сравн. правоведения при Правительстве РФ. – М.: Контракт, 2013. – 704 с.
110. Сравнительное правоведение: учеб. пособие / под ред. Е. Е. Амплеевой, И. Л. Честнова; Акад. ген. прокуратуры РФ, С.-Петербург. юрид. ин-т. – СПб., 2017. – 104 с.
111. Суворов, М. Н. Адат и шариат в современных мусульманских обществах. Ч. 1. Арабы и паштуны: учеб. пособие / М. Н. Суворов, З. А. Джандосова. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 2019. – 138 с.
112. Сюкияйнен, Л. Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики / Л. Р. Сюкияйнен; АН СССР, Ин-т гос-ва и права. – М.: Наука, 1986. – 254 с., [2] с.
113. Сюкияйнен, Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура / Л. Р. Сюкияйнен. – URL: <https://pl.b-ok.cc/book/3007863/7a6971> (дата обращения: 21.01.2021).
114. Тармахомед, С. Современные фетвы: ответы на различные вопросы по исламу, данные посетителям сайта [iskimam.ru](http://iskimam.ru) с 2009 по 2011 год / С. Тармахомед // [Askimam.ru](http://Askimam.ru): [сайт]. – 2012. – URL: <https://askimam.ru/books/khanafitskiy-fikkh/sovremennye-fetvy/> (дата обращения: 20.01.2021).
115. Таххан, М. Пособие по терминологии хадисов / М. Таххан; пер. В. (А.) Нирши // [Islamhouse.com](http://Islamhouse.com): [сайт]. – 2009. – URL: [https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih\\_books/single/ru\\_facilitate\\_the\\_science\\_of\\_hadeeth.pdf](https://d1.islamhouse.com/data/ru/ih_books/single/ru_facilitate_the_science_of_hadeeth.pdf) (дата обращения: 31.03.2021).
116. Тимошина, Е. В. История правовых и политических учений России (первая половина XIX в.): учеб. пособие для обучающихся по обр. программе бак. по направлению подгот. «Юриспруденция» / Е. В. Тимошина. – СПб.: ЛЕМА, 2014. – 70 с.
117. Тихомиров, Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров; Ин-т законодательства и сравн. Правоведения при Правительстве РФ. – М.: Норма, 1996. – 427 с.
118. Торнау, Н. Е. Особенности мусульманского права / Н. Е. Торнау. – СПб.: Тип. Имп. акад. наук, 1892. – 88 с., [2] с.

119. Трубецкой, Е. Н. Лекции по энциклопедии права / Е. Н. Трубецкой. – М.: Т-во тип. А. И. Мамонтова, 1917. – 226 с., [1] с.
120. Уолкер, Р. Английская судебная система / Р. Уолкер; предисл. Ф. М. Решетникова. – М.: Юрид. лит., 1980. – 631 с.
121. Феоктистов, В. Ф. Философские и общественно-политические взгляды Сюнь-цзы: исслед. и пер. / В. Ф. Феоктистов; АН СССР, Ин-т Дал. Востока, Ин-т философии. – М.: Наука, 1976. – 293 с.
122. Филипс, Б. Эволюция фикха: исламский закон и мазхабы / Б. Филипс. – Киев: Ансар фаундейшн, 2001. – 224 с.
123. Финнис, Дж. Естественное право и естественные права / Дж. Финнис; пер. с англ. В. П. Гайдамака, А. В. Панихиной; под ред. Ю. В. Кузнецова. – М.: ИРИСЭН-Мысль, 2012. – 554 с.
124. Хайдарова, М. С. Формирование и развитие мусульманского права в Арабском Халифате (VII-XIII вв.): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / М. С. Хайдарова. – М., 1985. – 222 с.
125. Хань Юй. Избранное / Хань Юй, Лю Цзун-юань; пер. с кит. И. Соколовой. – М.: Худож. лит., 1979. – 229 с., [3] с.
126. Харт, Г. Л. А. Понятие права / Г. Л. А. Харт; под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. – СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007. – 302 с.
127. Хуайнаньцзы: философы из Хуайнани / пер. с кит., вступит. ст. и примеч. Л. Е. Померанцевой; МГУ им. М. В. Ломоносова, Ин-т стран Азии и Африки. – М.: Наука: Вост. лит., 2016. – 526 с., [1] с.
128. Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 1. Основы / К. Цвайгерт, Х. Кётц. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 480 с.
129. Цыренов, Ч. Ц. Трактат Гуань Чжуна «Гуань-цзы», его место и роль в культурной традиции древнего Китая / Ч. Ц. Цыренов; Ин-т монголоведения, буддологии и тибетологии РАН. – Улан-Удэ: изд.-полигр. комплекс ФГБОУ ВПО ВСГАКИ, 2013. – 223 с.
130. Чжоу Цюй-Фэй. За Хребтами. Вместо ответов (Лин вай дай да) / Чжоу Цюй-Фэй; пер. с кит., введ., коммент. и прил. М. Ю. Ульянова. – М.: Вост. лит., 2001. – 527 с., [1] с.
131. Чжуан-цзы: Даосские каноны / пер., вступит. ст., коммент. В. В. Малявина. – М.: АСТ-Астрель, 2002. – 429 с., [1] с.
132. Шарль, Р. Мусульманское право / Р. Шарль; пер. с франц. С. И. Волка. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1959. – 141 с., [2] с.
133. Шейх Табарси. Ихтиджадж: Диспуты и доводы Пророка и Имамов: в 2 т. Т. 1. / Шейх Табарси; пер. А. Рамина; Arsh313.com: [портал]. – URL: <https://arsh313.com/shejh-tabarsi-ihitijaj-tom-1/> (дата обращения: 02.04.2021).
134. Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910. – 805 с.
135. Ширази, М. Наше вероучение / М. Ширази // Офиц. сайт великого аятоллы Макарема Ширази: [сайт]. – URL: <https://makarem.ir/main.aspx?Reader=1&lid=5&pid=62065&catid=6491> (дата обращения: 20.01.2021).
136. Штейн, В. М. Гуань-цзы: исслед. и пер. / В. М. Штейн; отв. ред. Н. И. Конрад. – М.: Изд-во вост. лит., 1959. – 380 с.
137. Эрлих, О. Основоположение социологии права / О. Эрлих. – СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2011. – 703 с., [1] с.

138. Этика и ритуал в традиционном Китае: сб. ст. / отв. ред. Л. С. Васильев; АН СССР, Ин-т востоковедения. – М.: Наука, 1988. – 331 с.
139. Ahmad, A. A. Structural Interrelations of Theory And Practice in Islamic Law: A Study of Six Works of Medieval Islamic Jurisprudence / A. A. Ahmad. – Leiden; Boston: Brill, 2006. – 206 p., [XXVIII] p. – (Studies in Islamic law and society).
140. Bhojani, A.-R. Moral rationalism and Shari'a: independent rationality in modern Shi'a usul al-fiqh / A.-R. Bhojani. – New York: Routledge, 2015. – 179 p., [XIV] p.
141. Haley, J. O. Authority without Power: Law and the Japanese Paradox. – New York; Oxford: Oxford Univ. Press, 1994. – 258 p., [X] p.
142. Hallaq, W. B. Shari'a: theory, practice, transformations / W. B. Hallaq. – New York: Cambridge Univ. Press, 2009. – 597 p., [X] p.
143. Momen, M. An Introduction to Shi'i Islam: The History Doctrines of Twelver Shi'ism / M. Momen. – New Haven; London: Yale univ. press, 1987. – 397 p., [XXII] p.
144. Mutahhari, M. Jurisprudence and Its Principles / M. Mutahhari // Официальный сайт великого аятоллы Макарема Ширази: [сайт]. – URL: <https://makarem.ir/main.aspx?reader=1&lid=0&mid=82588&catid=6553&pid=72256> (дата обращения: 20.01.2021).
145. Noda Y. Introduction to Japanese law / Noda Y.; translated and edited A. H. Angelo. – Tokyo: Univ. of Tokyo press, 1976. – 253 p., [XVI] p.
146. Schacht, J. An Introduction to Islamic Law / J. Schacht. – New York: Oxford Univ. Press, 1982. – 304 p.
147. Shabana, A. Custom in Islamic Law and Legal Theory: The Development of 'Urf and 'Adah in the Islamic Legal Tradition / A. Shabana. – New York: Palgrave Macmillan, 2010. – 246 p., [XV] p. – (Islamic Theology, Law, and History).
148. Tabataba'i, H. M. Introduction to Shi'i Law: A Bibliographical Study / H. M. Tabataba'i. – London: Ithaca press, 1984. – 258 p., [10] p.
149. The Encyclopaedia of Islam: in 12 vol. / Edited by H. A. R. Gibb and others. – Leiden; London; New York: Brill: Luzac&Co, 1986–2004. – 12 vol.

#### Статьи

150. Анисимов, А. П. О правовых обычаях / А. П. Анисимов // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2009. – № 11. – С. 105-110.
151. Архипов, В. В. Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе: к постановке проблемы / В. В. Архипов, А. В. Поляков, Е. В. Тимошина // Изв. ВУЗов. Правоведение. – 2012. – № 3 (302). – С. 113-134.
152. Арчугова, А. С. Ли Чжи (1527-1602): концепция "Детского сердца" / А. С. Арчугова // Социология. – 2019. – № 6. – С. 151-156.
153. Башмаков, А. А. Отношение суда к обычаю по новому проекту Устава гражданского судопроизводства / А. А. Башмаков // Вестн. права. – 1901. – № 2. – С. 1-26.
154. Беккин, Р. И. Исламское или мусульманское право? (к вопросу о правовых аспектах исламских финансов) / Р. И. Беккин // Проблемы современной экономики. – 2013. – № 4 (48). – С. 429-430.
155. Беккин, Р. И. Мусульманское право как отражение специфики политико-правовой культуры мусульманского мира / Р. И. Беккин // Полит. системы и полит. культуры Востока / под ред. А. Д. Воскресенского. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: АСТ: Восток-Запад, 2007. – С. 232-283.
156. Белик, В. Н. Историко-теоретические особенности восприятия правового обычая в качестве источника права в России / В.Н. Белик, И. Б. Романов // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2014. – № 5. – С. 91-105.

157. Белкин, А. А. Обычай и обыкновения в государственном праве / А. А. Белкин // Изв. ВУЗов. Правоведение. – 1998. – № 1 (220). – С. 34–39.
158. Бизюков, С. Н. К вопросу о понятии «Нийя» и его роли в системе религиозноправового регулирования шариата / С. Н. Бизюков // Вестн. С.-Петерб. ун-та. Сер. 9. Филология. Востоковедение. Журналистика. – 2009. – № 2-2. – С. 241-247.
159. Бизюков, С. Н. К вопросу об иностранных заимствованиях в период формирования исламского права / С. Н. Бизюков // Вестн. С.-Петерб. ун-та. – 2011. – № 1. – С. 40-58.
160. Бизюков, С. Н. Правовые уловки в исламском праве: история появления, религиозная и правовая оценка, современный подход / С. Н. Бизюков // Вестн. Бурят. науч. центра Сиб. отд-ния РАН. – 2014. – № 1 (13). – С. 239–256.
161. Бизюков, С. Н. Юридические уловки в исламском праве: путь от Средневековья до XXI века / С. Н. Бизюков // Право. ВШЭ. – 2014. – № 3. – С. 31–54.
162. Боголюбов, А. С. Этико-правовые воззрения Абу Ханифы ан-Нумана / А. С. Боголюбов // Палестин. сб. – 1969. – вып. 19 (82). – С. 139–148.
163. Бурбанк, Д. Правовая реформа и правовая культура: непризнанный успех волостных судов в имперской России / Д. Бурбанк // Изв. ВУЗов. Правоведение. – 2003. – № 2 (247). – С. 188-196.
164. Валиев, Г. З. Источники мусульманского права (шиитское направление – акл) / Г. З. Валиев // Право – общество – государство: вопросы теории и истории: сб. матер. всерос. студ. науч. конф. – М., 2014. – С. 108–112.
165. Волконский, В. Несколько слов по поводу разрешения гминными судами дел по наследованию и возникающим из сего разделам имуществ между сельскими жителями (ст. 1490 п. 1 Уст. Гражд. суд.) / В. Волконский // Журн. м-ва Юстиции. – 1896. – № 7. – С. 193-202.
166. Галкин, А. Г. Правосудие для крестьян: Волостные и мировые суды в оценке крестьян и образованного общества (1870-1880-е гг.) / А. Г. Галкин // Историческая и социально-образовательная мысль. – 2011. – № 4. – С. 191-195.
167. Голунский, С. А. Обычай и право / С. А. Голунский // Сов. гос-во и право. – 1939. – № 3. – С. 46-55.
168. Гофман, А. Б. Мода и обычай / А. Б. Гофман // Рубеж: альманах социальных исследований. – 1992. – вып. 3. – С. 123-142.
169. Гофман, А. Б. Обычай как форма социальной регуляции / А. Б. Гофман, В.П. Левкович // Сов. этнография. – 1973. – № 1. – С. 14-24.
170. Дашин, А. В. Уголовно-правовые особенности квалификации обычая кровной мести на Северном Кавказе / А. В. Дашин // Общество и право. – 2012. – № 1(38). – С. 110-114.
171. Дельвиг, Б. Н. Киргизский народный суд в связи с правовым положением инородцев степного края / Б. Н. Дельвиг // Журн. мин-ва Юстиции. – 1910. – № 5. – С. 122-140.
172. Добров, А. С. Формирование права без законодателя: очерки по теории источников права / А. С. Добров; пер. с укр. Г. В. Савенко // Вестн. гражд. права. – 2010. – № 2. – С. 191–245.
173. Добров, А. С. Формирование права без законодателя: очерки по теории источников права / А. С. Добров; пер. с укр. Г. В. Савенко // Вестн. гражд. права. – 2010. – № 3. – С. 198–273.
174. Дорская, А. А. Судебная реформа 1864 года: проблема единства судебной системы / А. А. Дорская // Судебные реформы в России: история и современность: сб. статей по матер. междунар. науч.-практ. конф. – СПб.: Петрополис, 2014. – С. 114-120.

175. Дриль, Д. А. Обычай и закон / Д. А. Дриль // Юрид. вестн. – 1883. – № 6–7. – С. 234–277.
176. Дудин, П. Н. Становление гражданского права Китая в 1912–1929 гг. (предкодификационный период) / П. Н. Дудин, А. И. Цыреторов // Право. Журн. ВШЭ. – 2019. – № 5. – С. 237–253.
177. Ишкуватова, Л. М. Категории «Ли» и «Фа» в правовом поле традиционного Китая / Л. М. Ишкуватова, А. В. Ткаченко // Вестн. Омского гос. пед. ун-та. – 2015. – № 3 (7). – С. 20–23.
178. Ишкуватова, Л. М. Место категорий «Ли» и «Фа» в правовом поле КНР / Л. М. Ишкуватова // Социум и власть. – 2016. – № 5 (61). – С. 107–111.
179. Кича, М. В. Исламское право в правовых системах государств Ближнего Востока: особенности развития / М. В. Кича // Законность и правопорядок в современном обществе. – 2016. – № 34. – С. 193–197.
180. Кича, М. В. Роль и значение обычая в мусульманской правовой семье / М. В. Кича // Юрид. наука. – 2013. – № 1. – С. 8–10.
181. Козлихин, И. Ю. Китайская правовая традиция / И. Ю. Козлихин // Вестн. С.-Петербург. ун-та. Право. – 2016. – № 3. – С. 4–13.
182. Колесников, Е. В. Обычай как источник советского государственного права / Е. В. Колесников // Изв. ВУЗов. Правоведение. – 1989. – № 4. – С. 19–25.
183. Колесников, П. М. Мусульманское право в правовых системах исламских государств: тенденции, современное состояние и перспективы развития / П. М. Колесников // Право и политика. – 2011. – № 2. – С. 140–149.
184. Кондуров, В. Е. Правовые институты и нормы: проблема действительности и действенности права в юридическом институционализме / В. Е. Кондуров, А. А. Краевский // Труды Ин-та гос-ва и права РАН. – 2019. – Т. 14, № 6. – С. 95–144.
185. Краевский, А. А. Jus non scriptum: о действенности правовых обычаев и их применении российскими судами / А. А. Краевский, Е. В. Тимошина // Социологические исследования. – 2020. – № 12. – С. 87–97.
186. Левандовский, Д. В. Волостной суд с точки зрения современного законодательства / Д. В. Левандовский // Журн. мин-ва Юстиции. – 1899. – № 1. – С. 138–156.
187. Леонтьев, А. А. Волостной суд / А. А. Леонтьев // Журн. мин-ва Юстиции. – 1905. – № 1. – С. 67–110.
188. Ли Сюй. Концепция справедливости в философских школах древнего Китая / Ли Сюй // Преподаватель XXI век. – 2013. – № 1–2. – С. 232–238.
189. Ломакина, И. Б. Обычно-правовой феномен: нормативный аспект / И. Б. Ломакина // Криминалист. – 2018. – № 1 (22). – С. 77–80.
190. Ломакина, И. Б. Правовой плюрализм как методологическое основание обычного права: социолого-коммуникативный ракурс / И. Б. Ломакина // Изв. ВУЗов. Правоведение. – 2015. – № 2 (319). – С. 22–33.
191. Лю Цюэнь. Обычное право в системе источников права современного Китая / Лю Цюэнь // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2017. – № 4. – С. 139–148.
192. Лян Минь Янь. Теории государственного управления в правовых учениях Китая / Лян Минь Янь // Вестн. Омского ун-та. Сер. Право. – 2012. – № 1 (30). – С. 26–30.
193. Малышева, Н. И. Легитимация, легитимность и легальность права в китайской правовой системе / Н. И. Малышева // Рос. журн. правовых исслед. – 2018. – Т. 5, № 2 (15). – С. 152–157.



194. Маранджян, К. Г. "Детские вопросы" ("Додзимон") японского конфуцианского мыслителя Ито Дзинся / К. Г. Маранджян // Памятники письменности Востока. – 2016. – № 2 (25). – С. 89–99.
195. Маранджян, К. Г. О влиянии учения Сюнь-цзы на японского мыслителя Огю Сорай / К. Г. Маранджян // Письм. пам. и проблемы истории культуры народов Востока. XVI годич. науч. сб. ЛО ИВ АН СССР (докл. и сообщ.). Ч. 1. – М.: Наука, 1982. – С. 113–117.
196. Миклашевская, Н. И. Взаимодействие обычаев делового оборота и законодательных норм в механизме гражданско-правового регулирования / Н. И. Миклашевская // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния РАН. – 2005. – № 6. – С. 360–375.
197. Миннихметов, Р. А. Вспомогательные источники мусульманского права и их классификация / Р. А. Миннихметов, Б. Д. Нуриев // Евразийский юридический журнал. – 2013. – № 5 (60). – С. 124–126.
198. Миннихметов, Р. А. Ханафитская школа в исламском праве / Р. А. Миннихметов // Правовое государство: теория и практика. – 2014. – № 2 (36). – С. 74–80.
199. Миннихметов, Р. А. Шафиитская школа в исламском праве / Р. А. Миннихметов // Право и политика. – 2014. – № 2. – С. 239–244.
200. Накаэ Тодзю. Беседы со старцем / Накаэ Тодзю; предисл., пер. фрагментов с яп. языка, коммент. К. Г. Маранджян // Памятники письменности Востока. – 2014. – № 1 (20). – С. 31–37.
201. Никонов, С. П. Земля, община и X том / С. П. Никонов // Журн. Мин-ва юстиции. – 1902. – № 6. – С. 78–105.
202. Пашкова, Т. В. Источники права китайской народной республики / Т. В. Пашкова // Пробелы в рос. законодательстве. Юрид. журн. – 2008. – № 2. – С. 89–91.
203. Петражицкий, Л. И. Обычное право (1899) / Л. И. Петражицкий // Теория и политика права. Избранные труды / Л. И. Петражицкий; науч. ред. Е. В. Тимошина. – СПб.: Юрид. книга, 2010. – С. 187–244.
204. Пушкин, Е. А. О применении магометанских законов при производстве о наследствах, оставшихся после магометан / Е. А. Пушкин // Журн. мин-ва Юстиции. – 1898. – № 5. – С. 93–124.
205. Руденко, Н. В. Манифест о свободе благопристойности: «Разъяснение четырёх «Нельзя»» Ли Чжи / Н. В. Руденко // Восток. Афро-азиатские общества: история и современность. – 2018. – № 1. – С. 167–183.
206. Руденко, Н. В. Обзор философского содержания цзюаня 3 "Книги для сожжения" Ли Чжи / Н. В. Руденко // О-во и гос-во в Китае. – 2017. – Т. 47, № 2. – С. 460–503.
207. Руденко, Н. В. «Статья с суждениями об управлении» и «Суждения о [периоде] Сражающихся царств»: политико-философские эссе Ли Чжи / Н. В. Руденко // Ориенталистика. – 2019. – Т. 2, № 4. – С. 983–1006.
208. Руденко, Н. В. «Эссе о детском сердце» (Тунсинь шо): пер. и анализ филоС. идей / Н. В. Руденко // Вестн. Новосиб. гос. ун-та. Сер. История, филология. – 2015. – Т. 14, № 4. – С. 180–186.
209. Рыков, С. Ю. Долг или справедливость: еще раз о термине «и» в древнекитайской философии / С. Ю. Рыков // История философии. – 2015. – Т. 20, № 2. – С. 22–46.
210. Рыков, С. Ю. Концепция нововведения (цзо) в моизме (с переводом глав Цы го и Фэй жу ся из Мо-цзы) / С. Ю. Рыков // О-во и гос-во в Китае. – 2017. – Т. 47, № 2. – С. 412–459.
211. Санчес-Арсилья Берналь, Х. «Теория закона» в законодательной деятельности Альфонсо X Мудрого / Х. Санчес-Арсилья Берналь // Исторический вестник. – 2015. – Том 13 [160]. – С. 4–59.

212. Скрыбин, И. В. Проблемы регулирования норм обычного права в судебной практике Правительствующего Сената / И. В. Скрыбин // Казанская наука. – 2011. – № 11. – С. 44–46.
213. Старостина, А. Б. Конфуцианская концепция передачи Пути в работах Хань Юя / А. Б. Старостина // Ориенталистика. – 2020. – № 3 (1). – С. 70–83.
214. Старостина, А. Б. "Новые речи" Лу Цзя: опыт перевода и лингвофилологического комментирования / А. Б. Старостина и др. // Шаги-Steps. – 2018. – Т. 4, № 1. – С. 191–221.
215. Сюкияйнен, Л. Р. Взаимодействие исламской и европейской правовых культур: современный опыт / Л. Р. Сюкияйнен // Ежегодник либертарно-юр. теории. – 2009. – вып. 2. – С. 171–188.
216. Сюкияйнен, Л. Р. Исламское право: взаимодействие юридических и религиозных начал / Л. Р. Сюкияйнен // Ежегодник либертарно-юр. теории. – 2007. – Вып. 1. – С. 97–106.
217. Сюкияйнен, Л. Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству / Л. Р. Сюкияйнен // Право. Журн. ВШЭ. – 2008. – № 2. – С. 97–109.
218. Сюкияйнен, Л. Р. Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах / Л. Р. Сюкияйнен // Право. Журн. ВШЭ. – 2016. – № 4. – С. 205–222.
219. Сюкияйнен, Л. Р. Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права / Л. Р. Сюкияйнен // Право. Журн. ВШЭ. – 2018. – № 3. – С. 50–80.
220. Сюкияйнен, Л. Р. Общие принципы фикха как юридическое выражение этических ценностей ислама / Л. Р. Сюкияйнен // Ишрак: Ежегодник исламской философии. – 2010. – № 1. – С. 219–241.
221. Сюкияйнен, Л. Р. Фикх – источник современного права в арабских странах / Л. Р. Сюкияйнен // Право. Журн. ВШЭ. – 2019. – № 4. – С. 222–245.
222. Тимошина, Е. В. Проблема юстициальности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности / Е. В. Тимошина // Вестн. РУДН. Сер.: Юрид. науки. – 2017. – Т. 21, № 4. – С. 464–485.
223. Третьяков, К. Н. Конституционный обычай – источник государственного права Китайской народной республики / К. Н. Третьяков // Право и управление. XXI век. – 2010. – № 2 (15). – С. 92–98.
224. Тропер, М. Реалистическая теория толкования / М. Тропер // Российский юридический журнал. – 2006. – № 2 (50). – С. 7–19.
225. Трощинский, П. В. Влияние традиции на право современного Китая / П. В. Трощинский // Журн. российского права. – 2014. – № 8. – С. 94–106.
226. Трощинский, П. В. К вопросу о традиционных взглядах на право в китайском обществе / П. В. Трощинский // Вестн. ун-та им. О.Е. Кутафина (МГЮА). – 2016. – № 3 (19). – С. 136–146.
227. Ульянов, Н. О. О природе гминных судов в царстве Польском / Н. О. Ульянов // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. – 2015. – вып. 9. – С. 30–36.
228. Цзоу Хун. Влияние конфуцианской идеи ритуала "ли" на идеологию и культуру народов Кореи и Японии / Цзоу Хун // Вестн. Читин. гос. ун-та. – 2011. – № 10 (77). – С. 8–13.
229. Цзоу Хун. Эволюция содержания понятия ритуала «ли» в китайской литературе / Цзоу Хун // Гуманитарный вектор. – 2011. – № 2 (26). – С. 145–149.
230. Fittipaldi, E. Theory of Custom, Dogmatics of Custom, Policy of Custom: On the Threefold Approach of Polish-Russian Legal Realism / E. Fittipaldi, E. Timoshina // Ratio Juris.



An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law. – 2017. – Vol. 30, No. 1. – Pp. 105–122.

231. Shabana, A. Custom and Modern Constructions of Sharīʿa: Transnational Juristic Discussions on the Status of ʿUrf / A. Shabana // Journal of Islamic Ethics. – 2019. – № 3. – Pp. 30–63.

232. Shabana, A. Custom as a Source of Law / A. Shabana // Encyclopedia of Islam. – URL: [https://www.academia.edu/7863146/Custom\\_as\\_a\\_Source\\_of\\_Law\\_Encyclopedia\\_of\\_Islam\\_Thre\\_e](https://www.academia.edu/7863146/Custom_as_a_Source_of_Law_Encyclopedia_of_Islam_Thre_e) (дата обращения: 29.03.2021).

#### **Интернет-ресурсы**

233. Исаев, Р. Когда и почему возникли первые искажения в области вероубеждения? / Р. Исаев // Islam-Today.ru [портал]. – 01.12.2014. – URL: [https://islam-today.ru/blogi/rashid\\_isaev/kogda-i-pocemu-voznikli-pervye-iskazenia-v-oblasti-veroubezdenia/](https://islam-today.ru/blogi/rashid_isaev/kogda-i-pocemu-voznikli-pervye-iskazenia-v-oblasti-veroubezdenia/) (дата обращения: 01.04.2021).